

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Erik Haldbæk, Niels Henriksen)

J.nr.: 03-200.050

13. september 2004

K E N D E L S E

Brdr. Thybo A/S
(advokat Niels Kaiser, Åbyhøj)

mod

Arbejdernes Andelsboligforening af 1938
(advokat Ole Møller Jespersen, Horsens)

Den 10. marts 2004 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen vedrørende påstand 1 – 6. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstande om erstatning påstand 7 og 8, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 26. august 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 7

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 1.796.563 kr. med procesrente fra den 16. september 2003.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale et beløb mindre end 1.796.563 kr. med procesrente fra den 16. september 2003.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 10. marts 2004 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 2, ved ikke forud for udsendelsen af licitationsbetingelserne at have fastsat underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« og ved ikke i licitationsbetingelserne at have anført underkriterierne.

Ad påstand 3 a

Indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved under licitationen at have anvendt tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, uagtet indklagede var forpligtet til i stedet at gennemføre licitationen med tildelingskriteriet »laveste pris«, fordi der ikke var fastsat underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 11, stk. 1, ved at have forhandlet med tilbudsgiverne, uagtet licitationen skulle gennemføres med tildelingskriteriet »laveste pris«.

Ad påstand 5 a

Indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved ikke – da der fejlagtigt ikke forud for udsendelsen af licitationsbetingelserne var fastsat underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« – at have annulleret licitationen.

Endvidere annullerede Klagenævnet indklagedes beslutning af 30. januar 2003 om at indgå kontrakt med Ringsted Bygningsentreprise A/S.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne havde handlet på en sådan måde, at indklagede efter gældende erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

Indklagede har ikke bestridt, at de pågældende overtrædelser af Tilbudsloven indebærer, at indklagede efter gældende erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 10. december 2002 var der afgivet 4 tilbud, hvoraf et tilbud blev afvist på grund af forbehold. De 3 resterende tilbud havde følgende tilbudspriser:

2. Brdr. Thybo A/S	6.844.938 kr.
3. Ringsted Bygningsentreprise A/S	7.137.333 kr.
5. Hofmann A/S	7.468.000 kr.

Indklagede gennemførte herefter i den følgende tid frem til januar 2003 3 forhandlingsrunder med tilbudsgiverne nr. 2, 3 og 5.

I forbindelse med de forhandlinger, som indklagede gennemførte med klageren, fremsendte klageren den 8. januar 2003 et nyt tilbud til indklagede lydende på 5.720.000 kr. excl. moms. Det nye tilbud indeholdt i øvrigt bl.a. følgende ændringer i forhold til klagerens første tilbud:

- »Pkt. 2.11 - Nedbrydning udføres med hugning og skæring.
- Pkt. 2.21 - Betonelementarbejde udføres med dornløsning i samråd med ingeniør.
- Pkt. 2.35 - Blikkenslagerarbejde udføres med stålredløbsrør.
- Pkt. 2.36 - Smedearbejde, stålrækværker kan udføres evt. som aluminiumsrækværker.
- Pkt. 2.63 - Elarbejde er eksklusiv. Kan medtages til det tilbudte.«

I et udkast til »Tilbudsaccept«, som indklagede den 17. januar 2003 sendte til de 3 tilbudsgivere, hedder det bl.a.:

»Til accepten er knyttet betingelser som efterfølgende anført.

.....

ad 3 At undertegnede entreprenør afholder alle udgifter i forbindelse med udførelse storentreprise 2, herunder: udlægning af køreplader, gener i forbindelse med boligforeningens affaldshåndtering, afdækning af åbent murværk, beboerinformation vedr. pågående arbejder, vinterforanstaltninger samt alle øvrige uforudsete udgifter, herunder renovering af murværk i de af storentreprise 2 berørte områder.«

Den 30. januar 2003 indgik indklagede kontrakt vedrørende storentreprise 2 med Ringsted Bygningsentreprise A/S med en entreprisensum på 5.757.000

kr. excl. moms. Kontrakten byggede på et tilbud fra Ringsted Bygningsentreprise A/S af 10. december 2002.

Klageren har opgjort beløbet i påstand 7 således:

		Dækningsbidrag
1. 2.11. Nedrivningsarbejde		
Tilbud	1.210.000 kr.	
Omkostninger	<u>740.000 kr.</u>	470.000 kr.
2. 2.21. Betonelementarbejdet		
Tilbud	1.930.977 kr.	
Omkostninger	<u>1.640.000 kr.</u>	290.977 kr.
3. 2.23. Murerarbejde		
Tilbud	1.338.000 kr.	
Omkostninger	<u>977.000 kr.</u>	361.000 kr.
4. 2.31. Tømrerarbejde		
Tilbud	792.505kr.	
Omkostninger	<u>715.918 kr.</u>	76.587 kr.
5. 2.35. Blikkenslagerarbejde		
Tilbud	740.000 kr.	
Omkostninger	<u>740.000 kr.</u>	0 kr.
6. 2.36. Smedearbejde		
Tilbud	1.128.784 kr.	
Omkostninger	<u>554.885 kr.</u>	573.899 kr.
7. 2.48. Malerarbejde		
Tilbud	35.000 kr.	
Omkostninger	<u>29.200 kr.</u>	5.800 kr.
8. 2.63. Elarbejde		
Tilbud	201.972 kr.	
Omkostninger	<u>183.672 kr.</u>	<u>18.300 kr.</u>
Dækningsbidrag i alt excl. moms		1.796.563 kr.

Tilbudsbeløbene vedrørende post 1 – 8 er de beløb, der var anført i klagerens tilbud af 10. december 2002 (klagerens 1. tilbud).

Omkostningsbeløbene vedrørende post 1, 4, 5, 6 og 8 fremgår af tilbud, som klageren har indhentet fra underentreprenører. For post 2 har klageren indhentet tilbud fra underentreprenør på levering af betonelementer. Klageren skulle selv montere betonelementerne, og omkostningerne vedrørende montagen af betonelementerne under post 2 bygger på klagerens beregning.

ger i forbindelse med afgivelse af tilbud. Klageren skulle selv udføre murerarbejdet, og omkostningerne vedrørende post 3 bygger på klagerens kalkulation i forbindelse med afgivelsen af tilbudet. Denne post omfatter foruden murerarbejdet også montering af gelændere. Omkostningerne vedrørende post 7 bygger på klagerens skøn.

Klageren har gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med Tilbudsloven særligt som anført i påstand 1 og påstand 3 a, ville have fået kontrakten om Storentreprise 2, og at klageren derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren har endvidere gjort gældende, at erstatningen skal fastsættes med udgangspunkt i den tilbudssum, som var indeholdt i klagerens første tilbud, og at klageren ved de tilvejebragte oplysninger om indhentede tilbud fra underentreprenører har ført bevis for, at tabet er som anført i klagerens opgørelse. Klageren har herved særligt anført, at klageren har erfaring for, at det – når klageren har fået en entreprise – ofte er muligt for klageren at få underentreprenørerne til at acceptere en pris, der er lavere end prisen i deres oprindelige tilbud. Klageren har endvidere gjort gældende, at der ikke ved erstatningsfastsættelsen skal tages hensyn til generalomkostninger, da klageren i helt overvejende grad ved den pågældende entreprise ville anvende underentreprenører. Klageren har endelig gjort gældende, at klageren efter at have modtaget underretning om, at klageren ikke fik kontrakten, på grund af det stramme tidsmæssige forløb ikke havde mulighed for at påtage sig andre arbejder i den periode, hvor indklagedes entreprise skulle udføres, og at der som følge heraf ikke skal ske nogen reduktion i klagerens opgjorte erstatningskrav.

Indklagede har ikke bestridt, at klageren, hvis indklagede ikke havde overtrådt Tilbudsloven, havde fået kontrakten vedrørende Storentreprise 1, og at klageren derfor har krav på erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse. Indklagede har imidlertid i første række bestridt, at klageren har ført bevis for at have lidt noget tab. Indklagede har bl.a. henvist til, at det af klagerens regnskab for regnskabsårene 2001-02 og 2002-03 fremgår, at selskabet driver virksomhed med underskud eller med et meget beskedent overskud.

Indklagede har i anden række bestridt, at et eventuelt tab kan opgøres, som klageren har gjort i sin opgørelse. Indklagede har herved gjort gældende, at

erstatningen ikke skal fastsættes på grundlag af klagerens første tilbud, da en eventuel kontrakt med klageren, som licitationen forløb, ville være blevet indgået på grundlag af klagerens andet tilbud, og at erstatningen herefter skal fastsættes på grundlag af den entreprisesum, som der rent faktisk blev indgået kontrakt om med Ringsted Bygningsentreprise A/S. Indklagede har endvidere gjort gældende, at der såvel vedrørende de arbejder, som klageren ville udføre ved egne folk, som vedrørende de arbejder, der skulle gennemføres som underentrepriser, skal tages hensyn til klagerens generelle omkostninger. Indklagede har videre gjort gældende, at den dækningsgrad, som klageren opererer med, er urealistisk høj, og indklagede har herved henvist til den dækningsgrad, som Ringsted Bygningsentreprise A/S efter gennemførelsen byggeriet, har konstateret. Indklagede her endelig gjort gældende, at klageren med henblik på opfyldelse af sin tabsbegrænsningspligt i den periode, hvor indklagedes entreprise skulle udføres, havde mulighed for at påtage sig andre opgaver, og at der ved fastsættelsen af erstatningen derfor skal ske fradrag for den fortjeneste, som klageren på denne måde har haft eller kunne have haft.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet kan tiltræde, at indklagede vedrørende påstand 1 og påstand 3 a har handlet ansvarspådragende over for klageren. Derimod kan Klagenævnet ikke tiltræde, at indklagede vedrørende påstand 4 har handlet ansvarspådragende over for klageren, da klageren med viden om, at forhandlingerne blev gennemført i strid med Tilbudsloven, eller i hvert fald med mulighed for at vide, at forhandlingerne blev gennemført i strid med Tilbudsloven, valgte at deltage i disse forhandlinger. Klagenævnet kan heller ikke tiltræde, at indklagede vedrørende påstand 5 a har handlet ansvarspådragende over for klageren.

Klagenævnet kan endvidere efter det oplyste om tilbudene tiltræde, at klageren har krav på erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse.

Da klageren valgte at deltage i de forhandlinger, som indklagede gennemførte med de 3 tilbudsgivere, skal klagerens erstatning ikke fastsættes på grundlag af klagerens første tilbud, men derimod på grundlag af den licita-

tionssum, som indklagede endte med at indgå kontrakt om. Uanset at klageren ville have gennemført entreprisen i det væsentlig ved indgåelse af entreprisekontrakter med underentreprenører, skal der ved fastsættelsen af erstatning for hele entreprisens vedkommende tages hensyn til klagerens generelle omkostninger og projektrisiko (entrepriserisiko). Der skal endvidere tages hensyn til, at klageren i et vist omfang må antages at have haft mulighed for i stedet at påtage sig andre opgaver.

På baggrund af det anførte fastsætter Klagenævnet den erstatning, som klageren har krav på, til 650.000 kr.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Arbejdernes Andelsboligforening af 1938, skal til klageren, Brdr. Thybo A/S, betale 650.000 kr. med procesrente fra den 17. september 2003.

Indklagedes skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 15.000 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.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
Kontorfuldmægtig