

Klagenævnet for Udbud

(Søren Holm Seerup, Suzanne Helsteen, Thomas Grønkær)

J.nr.: 2010-0022370

25. november 2011

K E N D E L S E

Brødrene A. & B. Andersen Entreprenører & Ingeniører A/S
(advokat Martin André Dittmer, København)

mod

Boligforeningen Vesterport
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Den 15. december 2010 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne 1-14 i sagen. Efter klagenævnets afgørelse har klageren nedlagt påstand 15 om erstatning. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 15

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 1.181.810,17 kr., subsidiært et mindre beløb med procesrente fra 9. juli 2010.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 5 således:

1. Klagerens lønomkostninger	448.150,00	kr.
2. Klagerens anslåede generalomkostninger	134.445,00	kr.
3. Virumgaard Arkitekters lønomkostninger	255.510,75	kr.
4. Virumgaard Arkitekters generalomkostninger	153.306,45	kr.

5. Virumgaard Arkitekters kørsel m.v.	6.400,00	kr.
6. Virumgaard Arkitekter – landskabsarkitekt	27.840,00	kr.
7. Lindgaards lønomkostninger	118.999,00	kr.
8. Lindgaards generalomkostninger	83.299,93	kr.
9. Lindgaards kørselsomkostninger	3.859,04	kr.
10 EKJ Rådgivende Ingeniør	6.288,00	kr.
	1.238.098,17	kr.

Indklagede har bestridt samtlige poster størrelsesmæssigt.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 15. december 2010 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

»Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved at tildele kontrakt til BM Tag A/S, uanset at BM Tag A/S' tilbud ikke var konditionsmæssigt.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet), da der ikke er overensstemmelse mellem den offentliggjorte udbudsbekendtgørelse og udbudsbetingelserne, idet det i udbudsbekendtgørelsen er anført, at der skal opføres »ca. 110 2-3 rums boliger, heraf 28 stk. i 14-etagers punkthus«, samt at boligerne »opføres som lavenergi 2020«, mens det af udbudsbetingelserne fremgår, at der blandt andet skal opføres 14 stk. 4-rums boliger, et 4-etagers punkthus, multihus og viceværtsbygning og det i udbudsbetingelserne er anført, at »udbydes som 2 sideordnede tilbud. Et som lavenergiklasse 1, 35+1100/A (kwh/m²/år) og et som lavenergi 2020, 17,5 kwh/m²/år + 550 kwh«.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved at besvare spørgsmål fra en tilbudsgiver uden at oplyse besvarelsen over for de andre tilbudsgivere.

Ad påstand 7

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede i udbudsbrevet har anført, at ind-

klagede ved underkriteriet »Pris« vil lægge »væsentlig vægt på, at den samlede økonomiske ramme overholdes«, uanset indklagede kun har angivet en budgetramme for projektet udført som lavenergiklasse 1, og ikke for udførelse som lavenergi 2020, på trods af at indklagede angiver, at der er tale om udbud som to sideordnede tilbud.

Ad påstand 8

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede anvendte »arkitektur« såvel som underkriterium som delkriterium. 20.

Ad påstand 9

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet) og artikel 53 ved at angive underkriteriet »Energirigtig« i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, mens det er underkriteriet »Energi«, der er anvendt ved bedømmelsen.

Ad påstand 10

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede i sin bedømmelse af underkriteriet »Materiale« har anvendt en evalueringsmodel baseret på de af tilbudsgiverne angivne priser på det tilbudte arbejde, og således ikke foretaget en vurdering af tilbudsgivernes materialer.

Ad påstand 13

Indklagedes beslutning af 1. juli 2010 om at tildele kontrakten til BM Tag A/S annulleres.«

Klagenævnet tog annulationspåstand i påstand 13 til følge med følgende begrundelse:

»Den procedure, som indklagede iværksatte den 10. februar 2010, kan efter karakteren af overtrædelserne i påstand 3, påstand 7 og påstand 9 ikke danne grundlag for en tildelingsbeslutning.«

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne havde 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.

Ad erstatningskravet

Klageren har nærmere anført, at der består den fornødne årsagssammenhæng mellem de konstaterede overtrædelser af EU-udbudreglerne og klagerens krav på negativ kontraktinteresse, idet klageren ikke ville have afgivet tilbud og dermed afholdt omkostninger hertil, hvis klageren på forhånd havde vidst, at indklagede ville gennemføre en ukorrekt vurdering af tilbuddene og tildele kontrakten til et ukonditionsmæssigt tilbud. Påstandene 1, 4, 8 og 10 vedrører uden tvivl forhold, der ikke var kendt eller kunne have været kendt af tilbudsgiver inden tilbudsafgivelsen. Det samme gælder til dels påstand 9.

Klagerens tilbud var konditionsmæssigt.

Klagerens tabsopgørelse består af egne forgæves afholdte omkostninger til løn samt anslåede udgifter til generalomkostninger, der forholdsmæssigt kan henføres til tilbudsudarbejdelsen. Endvidere består tabsopgørelsen af de forgæves omkostninger, som de virksomheder, der assisterede klageren med tilbuddet udarbejdelse, har afholdt. Klageren har på nuværende tidspunkt ikke betalt noget til de assisterende virksomheder.

Indklagede har gjort gældende, at der mangler årsagsforbindelse. De ulovligheder, som klagenævnet har konstateret ved at tage påstandene 3, 7 og 9 til følge, vedrører udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Overtrædelserne af udbudsreglerne var derfor klageren bekendt. Klageren valgte alligevel at afgive tilbud, idet klageren afstod fra at reklamere over eller påklage disse overtrædelser, inden klageren udarbejdede tilbud.

Indklagede har videre gjort gældende, at klagerens erstatningskrav må afvises, fordi klagerens eget tilbud ikke var konditionsmæssigt. Hvor udbudsbetingelserne eksempelvis krævede to størrelser på lejligheder i punkthuse på 75 m² og 90 m², tilbød klageren at levere 3 størrelser på 84,82 m², 98,12 m² og 102,12 m².

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet har ved kendelse af 15. december 2010 taget klagerens annulationspåstand til følge med den begrundelse, at den procedure, som indklagede iværksatte den 10. februar 2010, efter karakteren af overtrædelserne i påstand 3, påstand 7 og påstand 9 ikke kunne danne grundlag for en tilde-

lingsbeslutning. Klageren havde eller burde i det væsentlige have haft viden om overtrædelserne som beskrevet i påstand 3 og 7 ved udarbejdelsen af klageres tilbud. Særlig bemærkes, at det for klager må have fremstået som åbenbart, at den i påstand 3 nævnte forskel mellem udbudsbekendtgørelsens og udbudsmaterialets angivelse af antallet af etager i punkthus var egnet til at afholde potentielle deltagere i at søge prækvalifikation.

Klageren har derfor ikke haft føje til at antage, at klagerens tilbudt gyldigt ville kunne opnå tildeling. Den omstændighed, at indklagede på en række yderligere punkter overtrådte udbudsreglerne, ændrer ikke herved. Der består derfor ikke den nødvendige årsagssammenhæng mellem indklagedes overtrædelser og klagerens tab på forgæves afholdte tilbudsomkostninger.

Indklagede frifindes derfor for klagerens erstatningspåstand.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Boligforeningen Vesterport, frifindes.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Søren Holm Seerup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig