

K E N D E L S E

Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S  
(advokat Carsten Lang-Jensen, København)

mod

Guldborgsund Kommune  
(advokat Mads Schierbeck, København)

Den 27. juni 2012 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen påstand 1, 1a, 1b, 1c og 2. Klageren har herefter nedlagt påstand om erstatning. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Erstatningspåstandene har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 3

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 3.924.776 kr. med procesrente fra den 15. august 2012.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 440.816 kr. med procesrente fra den 15. august 2012.

Påstand 3 vedrører erstatning for positiv opfyldelsesinteresse, og påstand 4 vedrører erstatning for negativ kontraktinteresse. Beløbene er opgjort eksklusiv moms.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 3 således:

a. Klagerens tilbud	33.855.581	kr.
b. Kostpris underentreprenører og underrådgivere	-23.075.897	kr.
c. Egenproduktion inkl. 13,7 % dækningsgrad	-6.282.453	kr.
d. Diverse arbejder/uforudsete udgifter	-846.538	kr.
e. Administration og byggeledelse 1,6 %	-483.278	kr.
	<hr/>	
Totalentreprenørvederlag	3.167.415	kr.
+ dækningsgrad egenproduktion	+757.361	kr.
I alt	3.924.776	kr.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 4 således:

a. Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S	210.000	kr.
b. Arkitektfirmaet Friis Andersen A/S	155.708	kr.
c. Rådgivende Ingeniører Strunge Jensen A/S	75.108	kr.
	<hr/>	
	440.816	kr.

Indklagede har påstået frifindelse og har størrelsesmæssigt bestridt begge erstatningsopgørelser.

Øvrige oplysninger i sagen:

Ved kendelsen af 27. juni 2012 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Ad påstand 1:

Indklagede, Guldborgsund kommune, har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at tage tilbuddet fra Hindsgaul A/S i betragtning, uagtet at tilbuddet ikke overholdt byggeprogrammets krav til rammerne for byggefeltet.

Ad påstand 2:

Indklagedes beslutning, om at indgå totalentreprisekontrakt med Hindsgaul A/S, annulleres.

Indklagede har trods klagenævnets kendelse af 27. juni 2012 besluttet at indgå totalentreprisekontrakt med Hindsgaul A/S og har underskrevet denne. Totalentreprisen er nu under udførelse.

I udbudsbetingelsernes byggeprogram fremgår bl.a.

»Til orientering kan det oplyses, at bygherren har afsat et vejledende budget på kr. 30 mio. ekskl. moms til de samlede håndværkerudgifter. Etablering af solcelleanlæg er ikke indeholdt i dette budget.«

Denne formulering blev ændret i rettelsesbrev 2, hvor det anføres at formuleringen udgår og erstattes med:

»Det skal fremhæves, at kommunens budgetlægning har taget udgangspunkt i en budgettramme på kr. 30 mio. ekskl. moms, og at de bydende bør tilstræbe at aflevere tilbud, der tilgodeser den anførte budgettramme, idet det dog bemærkes at tilbud herover ikke betragtes som ukonditionsmæssige. De i tilbudslisten anførte tillægspriser er ikke indeholdt i dette budget«

Af indklagedes »vurderingsskema« fremgår om de tilbud, der var vurderet at være konditionsmæssige, at Hindsgaul A/S tilbød en pris på 32.706.222 kr., at klageren tilbød en pris på 33.855.581 kr. og at de tre øvrige tilbudsgivere tilbød priser på henholdsvis 39.880.000 kr., 43.812.000 kr. og 44.800.000 kr. Det fremgår videre, at Hindsgaul A/S opnåede en vægtet pointsum på 9,18, at klageren opnåede en vægtet pointsum på 8,64 og at de tre øvrige tilbudsgivere opnåede vægtede pointsummer på henholdsvis 7,74, 7,58 og 7,46.

Klagerens tilbud eksklusive tillægspriser og vinterforanstaltninger udgør 31.338.331 kr. mens Hindsgaul A/S' tilbud eksklusive tillægspriser og vinterforanstaltninger udgør 30.228.758 kr. Der er efter det oplyste ikke indgået aftale om ydelser omfattet af tillægspriserne, herunder solcelleanlæg.

Af indklagedes »Indstillingsnotat« af 28. november 2011 fremgår bl.a.:

»Alle fem indkomne konkurrenceprojekter/tilbud blev optaget til bedømmelse.

Der er i relation hertil specielt foretaget en supplerende vurdering af konkurrenceforslaget fra Hindsgaul A/S, hvor det konstateredes, at byggefeltet mod nord er overskredet i begrænset omfang. Størstedelen af den konstaterede overskridelse skønnedes at have karakter af gangarealer, hvor tilbudsgiveren har foretaget en sammenlægning af det i udbudsgrundlagets forudsatte pergolaforløb – et forløb som hele tiden er forudsat etableret uden for byggefeltet.

Forholdet blev af White arkitekter A/S forelagt til juridisk vurdering hos advokatfirmaet NT Advokater. Det blev herfra bemærket, at førnævnte overskridelse kunne blive genstand for en klagesag, såfremt en af de andre bydende, antog en anden holdning og at der ligeledes ikke ville være garanti for medhold i en sådan. Ligeledes kunne en eventuel beslutning om at erklære konkurrenceforslaget fra den lavestbydende ukonditionsmæssigt, blive genstand for en klagesag anlagt af lavestbydende – igen med et uvist resultat.

Konkurrenceforslaget fra Hindsgaul A/S blev efterfølgende efter aftale med Guldborgsund Kommune valgt optaget til bedømmelse.

...«

Indklagedes beslutning om at indstille tilbuddet fra Hindsgaul A/S blev meddelt tilbudsgiverne den 20. januar 2012.

Ifølge udbudstidsplanen forventes ibrugtagning at kunne ske den 1. juli 2013.

Klagerens oplysning om, at Hindsgaul A/S' projekt er igangsat inden der forelå byggetilladelse, er ikke bestridt af indklagede.

Der er i forbindelse med udbuddet udbetalt konkurrencevederlag til klageren med 50.000 kr.

### Parternes anbringender

#### Ad erstatningsgrundlaget

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

Klageren har nærmere anført, at klagerens tilbud ubestridt var konditionsmæssigt og blev vurderet som det næst mest fordelagtige tilbud ifølge evalueringsskemaet. Det må således lægges til grund, at klageren ville have fået tildelt totalentrepriseopgaven, hvis indklagede ikke havde overtrådt udbudsreglerne.

Klageren har bestridt, at indklagede kunne og ville have valgt at annullere udbuddet med henvisning til, at der ikke har været tilstrækkelig konkurrence på totalentrepriseopgaven. Tilbuddene fra de 3 højestbydende kan ikke betragtes som ukonditionsmæssige, når henses til præciseringen i rettelseshæft 02, bilag 8, og annulation med henvisning til utilstrækkelig konkurrence er derfor ikke saglig. Der foreligger således 5 konditionsmæssige tilbud i sagen. At der er et felt med mellemhøje og høje tilbud og et felt med lave tilbud er netop udtryk for, at der har været tilstrækkelig konkurrence på opgaven.

Til støtte for, at indklagede ikke, såfremt tilbuddet fra Hindsgaul A/S var blevet afvist som ukonditionsmæssigt, ville have valgt at annullere udbuddet, har klageren for det første gjort gældende, at indklagede må antages at have været fuldt klar over de faktiske forhold og juridiske konsekvenser af tilbuddet fra Hindsgaul A/S, jf. bemærkningerne herom i indklagedes indstillingsnotat. På trods heraf blev udbuddet ikke annulleret.

Det forekommer endvidere samlet set ikke korrekt eller veldokumenteret, når indklagede efterfølgende gør gældende, at indklagede ville have været nødsaget til at annullere udbuddet ved årsskiftet 2011/2012 som følge af en væsentlig overskridelse af projektets budgetramme, hvis indklagede havde været bekendt med, at det antagne tilbud var ukonditionsmæssigt. For det første overskred det antagne tilbud også den vejledende budgetramme, uden at dette forhold øjensynligt gav indklagede anledning til overvejelser angående annulation. For det andet er forskellen på klagerens tilbud og det antagne tilbud efter fradrag af tillægspriser alene kr. 1.226.823, ex. moms, og dermed af beskeden størrelse i denne sammenhæng, idet klagerens tilbud alene er 4,05 % højere end det antagne tilbud. Overskridelsen af budgettet er endvidere tilsvarende beskeden og rammen er, jf. rettelseshæft 2 alene vejledende. For det tredje har indklagede ved at beslutte sig for at udsende rettelseshæft med en udtrykkelig præcisering af oplysningen i udbudsmaterialet om totalentreprisens budgetmæssige forudsætning og ved

som anført i rettelsesbrevet samtidig at oplyse, at indklagede ikke vil betragte tilbud over budgetrammen som ukonditionsmæssige, signaleret, at tilbud med budgetmæssige overskridelser efter omstændighederne vil kunne accepteres. For det fjerde er det sandsynligt, at indklagede som eventuelt alternativ til at tilvejebringe yderligere midler til projektet ville have overvejet muligheden for at gennemføre den ganske beskedne besparelse i klagers projekt, som ville bringe tilbudssummen ned under den vejledende budgetramme, hvis indklagede ikke havde taget det antagne tilbud i betragtning.

Samlet set har indklagede ikke godtgjort, at indklagede ville have annulleret udbuddet, hvis indklagede havde været bekendt med at det antagne tilbud var ukonditionsmæssigt.

Udover budgetmæssige overvejelser er det af betydning, at en annullation og et heraf følgende genudbud, som indklagede ville have været forpligtet til, ville være i strid med skolestrukturplanen i kommunen. Et genudbud ville antageligt ligeledes have været ca. 6 måneder, således som det allerede gennemførte udbud har været. Som det fremgår af udbudstidsplanen og indstillingsnotatet pkt. 5, er en ibrugtagning af totalentreprisen for indklagede i sommeren 2013 helt magtpåliggende, således at skolen kan anvendes til det nye skoleår. Dette vil ikke være muligt med en annullation af udbuddet, og et sådant skridt er derfor ikke sandsynligt. Det bemærkes endvidere, at indklagede har tilladt, at byggeopgaven er opstartet den 8. maj 2012, uden at der var udstedt byggetilladelse, der først blev udstedt 20. juni 2012, idet grave/støbetilladelse efter det oplyste ikke er udstedt overhovedet, hvilket endvidere dokumenterer, at overholdelse af den grundlæggende tidsplan er af stor betydning for indklagede.

De ledende retsafgørelser om udbyders hypotetiske annullationsbeføjelses betydning for en klagers mulighed for at opnå erstatning for tabt fortjeneste fastslår begge, at der er tale om en for udbyder ganske tung bevisbyrde, der i ingen af tilfældene er blevet løftet. Der henvises til Højesterets dom af 15. juni 2012 vedrørende klagenævnets kendelse af 10. juli 2008 samt klagenævnets kendelse af 25. januar 2010.

Indklagede har gjort gældende, at den konstaterede overtrædelse af udbudsreglerne ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har nærmere anført, at der ikke foreligger det fornødne ansvarsgrundlag, herunder når henses til indklagedes undersøgelser ved teknisk rådgiver samt karakter og omfang af en evt. arealoverskridelse, at der foreligger et udbud efter tilbudsloven, og der således ikke gælder samme strenge ansvarsnorm som indenfor EU's udbudsregler, at kausalitetsbetingelsen under alle omstændigheder ikke er opfyldt, idet klageren ikke har påvist, at klageren med sikkerhed ville have fået kontrakten, såfremt indklagede havde set bort fra tilbuddet fra Hindsgaul A/S, at det tværtimod kan lægges til grund, at i hvert fald de 3 højeste tilbud væsentligt overskred projektets budgetramme, og at indklagede derfor i påkommende tilfælde ville have været nødsaget til at annullere udbuddet og genudbyde entreprisen for at skabe et grundlag for tilstrækkelig konkurrence i henhold til tilbudsloven.

#### Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende påstand 3 gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om det udbudte bygge- og anlægsarbejde, eller at det i hvert fald er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, og at klageren derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren har subsidiært jf. påstand 4 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden under udbuddet afgav tilbud, og at klageren således har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse.

Klageren har nærmere anført, at klageren ikke ville have afgivet tilbud på totalentrepriseopgaven og dermed ikke ville have haft ovennævnte tilbudsomkostninger, hvis klageren havde været klar over, at indklagede i strid med udbudsreglerne ville antage et ukonditionsmæssigt tilbud og tilmed et tilbud, der overskred byggefeltet på et punkt, hvor klageren ikke fik tilsvarende mulighed for at forbedre sit tilbud under respekt af det ufravigelige krav om respekt af byggefeltet.

Klageren er af indklagede blevet prækvalificeret sammen med underrådgiverne på ingeniøropgaverne, Strunge Jensen A/S, Rådgivende Ingeniører FRI, og på arkitektopgaverne, Arkitektfirmaet Friis Andersen A/S. Det er således teamets samlede tidsforbrug på tilbudsarbejdet der skal erstattes.

Indklagede har vedrørende påstand 3 gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået kontrakten, at klageren heller ikke har ført bevis for, 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.

Indklagede har endvidere bestridt klagerens opgørelse af den positive opfyldelsesinteresse som udokumenteret. Klagerens estimerede kostpriser til eksterne underentreprenører og underrådgivere synes blandt andet at indeholde tillægspriser, herunder solcelleanlæg, som der ikke er indgået kontrakt om, ligesom klageren medtager uforudsete omkostninger til trods for, at klageren ikke skal udføre entreprisen. Hertil kommer, at flere af beløbsangivelserne er udokumenterede. For så vidt angår angivelserne om egenproduktion må sådanne selvudførte ydelser antages allerede at indeholde avance, hvorfor der vedrørende disse under alle omstændigheder ikke tillige kan tillægges yderligere dækningsbidrag. Klageren har endvidere ikke godtgjort det påståede dækningsbidrag. Endelig har klageren ikke taget hensyn til, at klageren ved ikke at udføre entreprisen har fået frigjort kapacitet, som har givet klageren mulighed for at udføre andre entrepriser.

Indklagede har vedrørende påstand 4 gjort gældende, at betingelserne for negativ kontraktinteresse ligeledes ikke er opfyldt, og at indklagede i øvrigt er vederlagt for omkostninger ved tilbudsafgivelsen i henhold til udbudsgrundlaget, hvorefter de bydende modtog kr. 50.000 ved indgivelse af tilbud. Indklagede har i det hele bestridt klagerens opgørelse af den negative kontraktinteresse som udokumenteret.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:



Indklagede overtrådte ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3 ved at antage tilbuddet fra Hindsgaul A/S, uagtet at tilbuddet ikke opfyldte byggeprogrammets krav til rammerne for byggefeltet. Indklagede handlede derved på en sådan måde, at indklagede er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ville have været nødsaget til at annullere udbuddet, hvis ikke Hindsgaul A/S' tilbud var konditionsmæssigt, da de tre øvrige tilbud ud over klagerens tilbud væsentligt overskred projektets budgetramme. Spørgsmålet om konditionsmæssigheden af tilbud, der overskred den vejledende budgetramme, var genstand for spørgsmål og svar under udbudsprocessen. Indklagede oplyste i den forbindelse, at tilbud over den vejledende budgetramme ikke ville blive anset for ukonditionsmæssige, og det kan konstateres, at alle tilbud lå over rammen. Der er herefter ikke grundlag for at fastslå, at indklagede ville have været forpligtet til at annullere udbuddet, hvis indklagede havde handlet lovligt og dermed afvist tilbuddet fra Hindsgaul A/S.

Det følger af Højesterets dom af 15. juni 2012 i sagen Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet, at det påhviler indklagede at sandsynliggøre, at indklagede, hvis tilbuddet fra Hindsgaul A/S' var blevet afvist, ikke ville have antaget klagerens tilbud, der ifølge indklagedes evalueringsskema var vurderet til at være det næst mest økonomisk fordelagtige tilbud, men at indklagede i stedet ville have annulleret udbuddet.

Indklagede har ikke løftet bevisbyrden for, at udbuddet ville være blevet annulleret. Der er i den forbindelse lagt vægt på overtrædelsens karakter, og at indklagede, jf. indstillingsnotatet af 28. november 2011, forud for, at resultatet af evalueringen blev meddelt tilbudsgiverne, var opmærksom på, at det var behæftet med en ikke uvæsentlig usikkerhed, om tilbuddet fra Hindsgaul A/S kunne eller skulle afvises, og desuagtet ikke annullerede udbuddet. Det fremgik endvidere af udbudsbetingelsernes tidsplan, at byggeriet forventedes at stå færdig i juli 2013 således, at byggeriet kunne tages i brug til skolestart 2013, hvilket må antages ikke at kunne ske, hvis et genudbud blev nødvendigt. At det var af væsentlig betydning for indklagede, at byggeriet stod færdig til skolestart 2013, støttes af klagerens ubestridte oplysning om, at Hindsgaul A/S' byggeri blev igangsat, inden byggetilladelse forelå.

Klageren er derfor berettiget til erstatning af den positive opfyldelsesinteresse.

Ad erstatningskravet:

Bevisbyrden, for i hvilket omfang klageren har lidt et tab, påhviler klageren.

Denne bevisbyrde er alene søgt løftet ved klagerens egen tilbudskalkulation. Flere af posterne vedrørende kostpriser for underleverandører er udokumenterede eller ikke medregnet. Opgørelsen over egenproduktion indeholder ingen nærmere redegørelse herfor udover, at der opereres med en dækningsgrad på 13,7 % inden beregning af totalentreprenørvederlag. Klageren har ikke fremlagt regnskabsmæssige oplysninger om gennemsnitlige dækningsbidrag eller tilsvarende, der kan bestyrke det opgjorte tab. Klageren har endvidere medregnet tillægsarbejder uanset indklagedes ubestridte oplysning om, at der ikke under den indgåede kontrakt er medtaget tillægsarbejder. Klagerens opgørelse er herefter ikke i sig selv tilstrækkelig til at løfte bevisbyrden for tabets størrelse.

Klagenævnet fastsætter derfor erstatningen skønsmæssigt ud fra de foreliggende oplysninger. Ved fastsættelsen er der taget hensyn til den usikkerhed, der er i klagerens opgørelse af tabet, den hos klageren frigjorte kapacitet ved ikke at skulle udføre opgaven, og at klageren er frigjort for den risiko, der er ved gennemførelse af en entreprise.

Klagenævnet finder det under disse omstændigheder ikke godtgjort, at klagerens tab overstiger 1.200.000 kr.

Klagenævnet tager i dette omfang klagerens påstand til følge med tillæg af procesrente fra indgivelsen af erstatningskravet til klagenævnet.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Guldborgsund Kommune, skal til klageren, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S, betale 1.200.000 kr. med procesrente fra den 15. august 2012.

Indklagede skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 20.000 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 håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 8, stk. 1.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina Kønig Mejl  
fuldmægtig