

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Niels Henriksen, Niels Sørensen)

J.nr.: 2006-0005711

4. april 2007

K E N D E L S E

Cowi A/S

(advokat Michael Gjedde-Nielsen, København)

mod

Sønderjyllands Amt

(advokat Christian Nielsen, Århus)

Den 13. november 2006 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1-3. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstand 4 om erstatning, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 7. februar 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 4

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 418.650 kr. kr. med procesrente fra 29. maj 2006.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 4 således:

Tilbudspris	1.050.000	kr.
÷ lønomkostninger	417.500	kr.
÷ udlæg	<u>59.850</u>	kr.
Dækningsbidrag	518.650	kr.
Skønsmæssigt fradrag for faste omkostninger og sparet risiko m.m.	<u>100.000</u>	kr.
	418.650	kr.

Indklagede har påstået frifindelse, subsidiært mod betaling af et mindre beløb.

Indklagede har størrelsesmæssigt bestridt alle poster bortset fra posten tilbudspris.

Ved kendelsen af 13. november 2006 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbuddet havde overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved ikke at tage klagerens tilbud i betragtning, og Klagenævnet annullerede indklagedes beslutning herom.

Klagenævnet afviste ved kendelsen en påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ligesom Klagenævnet afviste en påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at indklagede ville have handlet i strid med udbudsreglerne ved at annullere udbuddet.

Niels Riis og Steen K. Nielsen har som repræsentanter for klageren bl.a. forklaret om klagerens kalkulation af tilbudsprisen, ligesom der er fremlagt nogle bilag herom.

Af klagerens regnskab for 2005 fremgår, at klagerens overskudsgrad i 2001-2005 lå i intervallet 1,3-4,4 %, højst i 2005. Af en branchebeskrivelse fra 2006 fra Foreningen af Rådgivende Ingeniører fremgår, at den gennemsnitlige overskudsgrad for rådgivende ingeniørvirksomheder i 1999-2003 lå i intervallet 2,9-4,4 % og i 2005 var 7 %.

Indklagede har tilkendegivet, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige bud, hvis indklagede ikke var berettiget til at anse tilbuddet som unormalt lavt, og hvis indklagede ikke kunne eller ville annullere udbuddet.

Ad erstatningsgrundlaget:

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den omtalte overtrædelse af ligebehandlingsprincippet har handlet på en sådan måde, at indklagede efter gældende erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har erklæret sig enig i, at der foreligger et erstatningsgrundlag, men har bestridt, at der er grundlag for at tilkende erstatning, jf. nedenfor.

Ad erstatningskravet:

Klagerens anbringender ad erstatningskravet

Hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville klageren have fået kontrakten om det udbudte bygge- og anlægsarbejde, og klageren har derfor krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse. Klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige bud, hvilket indklagede har erkendt, hvorfor det er sikkert, at klageren ville have fået kontrakten, hvis indklagede havde taget klagerens tilbud i betragtning.

Ad indklagedes indsigelse om, at klagerens tilbud var unormalt lavt, har klageren anført: Indsigelsens rigtighed bestrides. Et tilbud er ikke unormalt lavt, blot fordi tilbudsprisen er 30 % lavere end tilbudsprisen i tilbuddet fra tilbudsgiveren med næstlaveste tilbudspris. Reglerne om unormalt lave bud har endvidere til formål at afskære tilbud fra useriøse og demotiverede tilbudsgivere, hvorimod klageren er en kendt og velrenommeret virksomhed inden for det område, der er tale om.

Klageren har anført følgende om indklagedes indsigelse om, at indklagede ville have annulleret udbuddet, hvis indklagede havde vidst, at indklagede havde pligt til at tage klagerens tilbud i betragtning: Også denne indsigelses rigtighed bestrides. En udbyder kan kun annullere et udbud, hvis udbyderen har saglig grund hertil, hvilket indklagede ikke havde. Hertil kommer, at hvis indsigelsen tages til følge, vil dette være ensbetydende med, at tilbudsgivere, hvis tilbud med urette ikke er taget i betragtning, aldrig vil kunne få erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse.

Om erstatningsudmålingen har klageren anført: Klagerens lønomkostninger og udlæg har været som angivet og klagerens tab har derfor været det opgjorte mistede dækningsbidrag uden fradrag for faste omkostninger. Klagerens faste omkostninger ville ikke have været berørt af opgaven, der var en mindre opgave for klageren. Hertil kommer, at der ikke altid skal fratrækkes et beløb til faste omkostninger ved beregning af erstatning til en med

urette forbigået tilbudsgiver. Ellers ville en tilbudsgiver, der for at holde organisationen i gang har afgivet et tilbud, som netop dækker de faste omkostninger, ikke kunne få erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse. Der bør som udgangspunkt heller ikke ske fradrag for sparet risiko, da der jo også er mistet en chance. Klageren er dog enig i, at der bør foretages et skønsmæssigt fradrag. Dette fradrag er i klagerens opgørelse sat til 100.000 kr., hvorved påstanden er fremkommet.

Indklagedes anbringender ad erstatningskravet

Der er ikke årsagsforbindelse mellem indklagede overtrædelse og det af klageren hævdede tab, dels fordi klagerens tilbud var unormalt lavt, dels fordi indklagede ville have annulleret udbuddet, hvis indklagede havde været bekendt med pligten til at tage klagerens tilbud i betragtning. Indklagede har om disse spørgsmål anført:

Klagerens tilbudspris var ca. 30 % lavere end tilbudsprisen i det næstlaveste tilbud, hvilket var tilfældet uanset, at klageren efter sagens oplysninger havde beregnet tilbudsprisen på grundlag af en højere timepris end de øvrige tilbudsgivere bortset fra tilbudsgiveren med den højeste tilbudspris. Klagerens tilbud var derfor unormalt lavt, hvorfor det ville have påført indklagede en væsentlig risiko at antage klagerens tilbud. Hvis indklagede havde taget klagerens tilbud i betragtning, skulle indklagede således have iværksat proceduren med hensyn til unormalt lave tilbud i Udbudsdirektivets artikel 55, og resultatet ville utvivlsomt være blevet, at indklagede havde afvist tilbuddet som unormalt lavt.

Indklagede fandt det ikke muligt at antage klagerens tilbud som følge af tilbuddets upræcise beskrivelse af de arbejder, som tilbuddet gik ud på. Hvis indklagede havde været bekendt med, at indklagede havde pligt til at tage klagerens tilbud i betragtning, havde indklagede derfor måttet indse, at udbudsbetingelsernes krav til tilbuddenes indhold ikke var fyldestgørende. Dette var en saglig grund til annulation af udbuddet, og indklagede ville derfor have annulleret udbuddet, hvis indklagede havde været bekendt med pligten til at tage klagerens tilbud i betragtning.

Om størrelsen af en eventuel erstatning har indklagede anført: Klageren har ikke lidt noget tab, da klageren har væsentligt underkalkuleret, og da en erstatning således ville være ensbetydende med en uberettiget berigelse for

klageren. En eventuel erstatning kan derfor i det højeste fastsættes som svarende til klagerens sædvanlige overskudsgrad eller den sædvanlige overskudsgrad i branchen. Der skal imidlertid ske fradrag for den indtjening, som klageren har eller ville have opnået gennem de medarbejdere, der var afsat til at udføre den udbudte opgave, ligesom der skal ske fradrag for sparet risiko.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Som følge af indklagedes overtrædelse er indklagede efter dansk rets almindelige erstatningsregler erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Af de grunde, som klageren har anført, var klagerens tilbud ikke unormalt lavt. Indklagede var således ikke berettiget til at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at tilbuddet var unormalt lavt.

En udbyder kan annullere et udbud, hvis der er saglig grund hertil. Der foreligger bl.a. en saglig grund, hvis udbyderen af tilbuddenes indhold kan se, at udbudsbetingelserne er blevet udformet uhensigtsmæssigt ved, at deres krav til tilbuddenes indhold ikke dækker det, som udbyderen har tilsigtet. Det forhold, at indklagede mente, at netop klagerens tilbud ikke indeholdt en tilstrækkelig beskrivelse af det tilbudte arbejde, var imidlertid ikke en saglig grund til at annullere udbuddet. Som anført i Klagenævnets kendelse af 13. november 2006 skulle indklagede i stedet have ladet forholdet indgå i tilbudsvurderingen med hensyn til underkriteriet opgavebeskrivelse. Indklagede var således ikke berettiget til at annullere udbuddet.

Indklagede har erkendt, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og det er herefter sikkert, at indklagede ville have tildelt klageren kontrakten, hvis indklagede ikke havde begået overtrædelsen af

udbudsreglerne. Indklagede skal derfor betale erstatning til klageren til dækning af klagerens positive opfyldelsesinteresse.

Det påståede erstatningsbeløb overstiger langt, hvad der ville svare til den sædvanlige overskudsgrad både for klageren og for rådgivende ingeniørvirksomheder i almindelighed, hvorfor et tab af den påståede størrelse ikke er påregneligt for indklagede.

Erstatningen må derfor fastsættes skønsmæssigt. I fastsættelsen må indgå de generelle synspunkter om erstatningsudmåling, som klageren gjort rede for, og hvis berettigelse Klagenævnet ikke uden videre kan afvise. Erstatningen findes herefter passende at kunne fastsættes til 100.000 kr.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Sønderjyllands Amt, skal til klageren, Cowi A/S, betale 100.000 kr. med procesrente fra den 29. maj 2006.

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.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig