

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Trine Heidemann Garde, Kent Petersen)

J.nr.: 2010-0021720

12. august 2011

K E N D E L S E

Falck Danmark A/S
(advokat Christina Heiberg-Grevy, Hellerup)

mod

Brand og Redning Djursland
(advokat Birte Rasmussen, Aalborg)

Den 9. maj 2011 afsagde klagenævnet kendelse om påstandene 1 (a) – (e), 2 - 5, 6 (g), (h) og (j) samt 7 og 9. Denne kendelse vedrører erstatningsspørgsmålet.

Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 10

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 206.788 kr. med procesrente fra den 31. marts 2010.

Påstand 11 (subsidiær i forhold til påstand 10)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 206.788 kr. med procesrente fra den 31. marts 2010.

Begge påstande angår klagerens negative kontraktinteresse.

Indklagede har påstået principalt frifindelse og subsidiært, at indklagede pålægges at betale mindre end 206.788 kr. og højst 150.000 kr. med procesrente fra den 31. marts 2010.

Klageren har opgjort kravet i påstand 10 således:

1. Gennemgang af udbudsbetingelserne, m.v., 69 timer	34.500 kr.
2. Besigtigelse og tekniske vurderinger, 87 timer	39.300 kr.
3. Udarbejdelse af tilbud, 207 timer	105.750 kr.
4. Deltagelse i forhandlingsmøde, 42 timer	23.500 kr.
5. Kørsel	3.738 kr.

I alt	206.788 kr.
-------	-------------

Indklagede har bestridt denne opgørelse. Indklagede har anført, at ingen af posterne er dokumenteret, idet klageren alene har fremlagt et sammenfattende regneark vedrørende omkostningerne. Erstatningskravet kan endvidere efter indklagedes opfattelse højst fastsættes til 150.000 kr. Dette svarer til omkostningerne ved at udarbejde kontrolbuddet.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 9. maj 2011 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt reglerne om kontrolbud sådan:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip og kontrolbudsbekendtgørelsens §§ 2 og 3 ved

(a) at have beregnet fremskrivning af omkostningerne med en fremskrivning på henholdsvis 1,25 % og omregning af omkostningerne med 2 %, uden at denne forskel var sagligt begrundet,

(b) at have beregnet udgiften til forrentning med en rentesats på 1,25 % for materiel, som skulle overtages ved indgåelsen af kontrakten, og en rentesats på 2,24 % for materiel, som skulle erhverves i kontraktperioden, idet disse rentesatser ikke var i overensstemmelse med markedsrenten,

(c) som principper for beregningen af afskrivninger at have anvendt lineære afskrivninger efter fradrag af scrapværdier for materiel, som skulle overtages ved indgåelsen af kontrakten, og stigende afskrivninger i en annuitetsmodel efter fradrag af scrapværdier for materiel, som skulle erhverves i kontraktperioden, uden at denne forskel var sagligt begrundet, idet indklagede skulle have anvendt lineære afskrivninger for begge kategorier af materiel,

(d) som følge af en sammentællingsfejl ved beregning af omkostningerne for område I at have indregnet 58.322 kr. for lidt for hvert år i kontraktperioden med hensyn til omkostningerne til afskrivning og forrentning af køretøjer, som skulle overtages ved indgåelsen af kontrakten,

(e) ved beregning af omkostningerne at have indregnet 358.578 kr. for lidt for hvert år i kontraktperioden med hensyn til omkostningerne til afskrivning på køretøjer og stationer, som skulle overtages ved indgåelsen af kontrakten.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med kontrolbudsbekendtgørelsens § 3, stk. 2, nr. 2, ved ikke i kontrolbuddet at indregne afskrivninger på materiel på køretøjer og stationer, som skulle overtages ved indgåelsen af kontrakten.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med kontrolbudsbekendtgørelsens § 3, stk. 2, nr. 2, ved i kontrolbuddet at beregne afskrivningerne på køretøjer, som skulle overtages ved indgåelsen af kontrakten, således, at anskaffelsesprisen efter fradrag af for høje scrapværdier blev lagt til grund som udgangspunkt for beregningerne.

Påstand 5

Indklagede har handlet i strid med kontrolbudsbekendtgørelsens § 3, stk. 2, nr. 3, ved at beregne forrentning af anlægskapitalen med en rentesats, der ikke var i overensstemmelse med markedsrenten.

Påstand 6

Indklagede har handlet i strid med kontrolbudsbekendtgørelsens §§ 2 - 3 ved ikke at indregne følgende omkostninger i kontrolbuddet

(g) omkostninger til lovpligtige forsikringer,

(h) omkostninger til udstedelse af bankgaranti,

(j) alle omkostninger til drift af vagtcentral.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved disse overtrædelser har handlet sådan, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke handlet ansvarspådragende over for klageren.

Indklagede har nærmere anført, at de overtrædelser, klagenævnet har konstateret, angår fortolkning og anvendelse af reglerne om kontrolbud. Der er ikke konstateret andre fejl under udbuddet og således heller ikke fejl ved udbudsbetingelserne. Der blev udover kontrolbuddet alene afgivet ét tilbud, nemlig klagerens. Indklagede var derfor - som også fastslået af klagenævnet - berettiget til at annullere udbuddet. Det ændrer ikke herved, at der var fejl i kontrolbuddet. Det følger heraf, at indklagede ikke har handlet ansvarspådragende over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Klageren har gjort gældende, at klageren har krav på en erstatning opgjort efter reglerne om negativt kontraktinteresse. Tabet består af de udgifter, som klageren har afholdt forgæves i forbindelse med, at klageren udarbejdede sit tilbud. Kravet om årsagsforbindelse er opfyldt.

Klageren har nærmere anført, at klageren ikke ville have afgivet tilbud, hvis klageren havde vidst, at kontrolbuddet ville være behæftet med så mange og så alvorlige fejl, som klagenævnet har konstateret. Fejl som medførte, at kontrolbuddet reelt ikke egnede sig som sammenligningsgrundlag i forhold til klagerens tilbud. Klageren havde ikke mulighed for at forudse disse fejl.

Indklagede har gjort gældende, at kravet om årsagsforbindelse ikke er opfyldt. Indklagede har til støtte herfor anført den samme argumentation, som indklagede har anført om erstatningsgrundlaget.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 9. maj 2011 konstaterede klagenævnet, at det afgivne kontrolbud indeholdt en række væsentlige fejl. Indklagede har ved at begå disse fejl handlet ansvarspådragende over for klageren, der forgæves afgav tilbud.

Ad erstatningskravet:

Klageren havde ikke mulighed for at forudse de pågældende fejl, som alle angik kontrolbuddet. Tværtimod var klageren berettiget til at forvente, at sådanne fejl ikke blev begået. Det lægges til grund, at klageren ikke ville have afgivet tilbud, hvis klageren havde vidst, at fejlene ville opstå. Kravet om årsagsforbindelse er derfor opfyldt. Det ændrer ikke herved, at indklagede lovligt kunne annullere udbuddet.

Klageren har fremlagt et regneark med sine omkostninger, men har ikke herudover fremlagt nærmere dokumentation for de enkelte poster i erstatningskravet.

Det er dog sandsynliggjort, at klageren har lidt et ikke ubetydeligt tab ved at have afgivet tilbud forgæves. Klagenævnet har ved denne vurdering lagt vægt på udbuddets omfang og kompleksitet og til dels omkostningerne ved at udarbejde kontrolbuddet.

Herefter tager klagenævnet klagerens påstand 11 til følge med et skønsmæssigt fastsat beløb på 100.000 kr. Beløbet forrentes med procesrente fra den 31. marts 2010, hvor klagenævnet modtog klagen.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Brand og Redning Djursland, skal til klageren, Falck Danmark A/S, betale 100.000 kr. med procesrente fra den 31. marts 2010.

Indklagede skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 15.000 kr.

Beløbene skal betales inden 8 uger efter, at denne afgørelse er meddelt indklagede.

Hvis indklagede indbringer denne kendelse for domstolene inden 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt parterne, har dette opsættende virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 8, stk. 1.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Nielsen
kontorfuldmægtig