

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Trine. H. Garde, Niels Henriksen)

J.nr.: 04-115.284

7. marts 2005

K E N D E L S E

Flemming Damgaard ApS
(advokat Johnnie Schmidt, København)

mod

Helle Kommune
(advokat Birgit Østergaard Nielsen, Varde)

Den 29. oktober 2004 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne 1-8 i sagen og et af Klagenævnet rejst spørgsmål, spørgsmål 11. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstande 9 og 10 om erstatning, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 11. februar 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 9

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 571.685 kr. med procesrente fra 31. marts 2004.

Påstand 10 (subsidiær i forhold til påstand 9)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 571.685 kr. med procesrente fra den 31. marts 2004.

Indklagede har påstået frifindelse.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 29. oktober 2004 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under licitationen har overtrådt Tilbudsloven således:

Ad påstand 1:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, ved i licitationsbetingelserne at have fastsat, at tildelingskriteriet er »billigste tilbud«, henholdsvis »billigste bud«.

Ad påstand 2:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 10 ved efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud at have indledt forhandling med Benny Hansens Tømrer- og Snedkerforretning ApS om dennes tilbud, uanset at denne tilbudsgiver ikke var lavestbydende.

Ad påstand 3:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet ved ved bedømmelsen af Benny Hansens Tømrer- og Snedkerforretning ApS' tilbud at have taget hensyn til en fradragspris på 79.000 kr. vedrørende gulv af mærket Parket Evers Tarket Contract, uanset at tilbudet ikke indeholdt en sådan fradragspris.

Ad påstand 7:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 1, ved at have besluttet at indgå kontrakt vedrørende tømrer- og snedkerentreprisen med Benny Hansens Tømrer- og Snedkerforretning ApS, der ikke var lavestbydende, uanset at tildelingskriteriet var »det laveste bud«.

Ad påstand 8:

Indklagedes beslutning af 5. marts 2004 om at indgå kontrakt med Benny Hansens Tømrer- og Snedkerforretning ApS vedrørende licitationen om om – og tilbygning af ældreboliger ved Sognelunden i Agerbæk annulleres.

Ad erstatningsberegningen:

Af klagerens »Beregninger angående licitationen på Sognegården i kr.«, som dannede grundlag for klagerens tilbud, fremgår, hvilke beløb klageren for hvert punkt i tilbudslisten havde afsat til materialer, arbejds løn og sociale udgifter samt til avance. Efter disse beregninger skulle klagerens avance (det vil sige dækningsbidraget) have udgjort 571.685 kr., svarende til 18 %.

Af Regnskabsanalyse 2003 fra Dansk Byggeri fremgår, at tømrer/snedkervirksomheder med en omsætning på mindre end 15 mio. kr. (som klageren) i 2002 gennemsnitligt havde et dækningbidrag på 19,4 %.

Klageren har fremlagt regnskabsmateriale, hvoraf fremgår, at selskabets »Bruttofortjeneste II«, svarende til dækningbidraget, i 2000/20001 udgjorde 10,8 %, i 2001/2002 15,6 % og i 2002/2003 12,4 %.

I 2003/2004 var klagerens »Bruttofortjeneste II« negativ med 13,2 %, og det fremgår af ledelsesberetningen i den interne årsrapport, at årets resultat i væsentlig grad er påvirket af »væsentlige tab på projekter samt følgeomkostninger mv. affødt af, at selskabet ikke fik et større projekt i en licitation, selvom selskabet formelt vandt licitationen«.

Der er for Klagenævnet afgivet forklaring af direktør Flemming Damgaard.

Parternes anbringender:

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de pågældende overtrædelser har handlet erstatningspådragende over for klageren, der ifølge Klagenævnets kendelse havde afgivet det laveste konditions mæssige tilbud. Da tildelingskriteriet var »det laveste bud«, ville klageren have fået kontrakten, hvis indklagede ikke havde overtrådt Tilbudslovens bestemmelser. Klageren har derfor opgjort sit krav i påstand 9 som den positive opfyldelsesinteresse. Klageren gik glip af en omsætning på 3.176.027 kr. eksklusiv moms. Klageren havde indregnet et dækningsbidrag på 18 %, hvilket er sædvanligt i branchen. Tabet udgør således $3.176.027 \text{ kr.} \times 18 \% = 571.685 \text{ kr.}$

Klageren har endvidere gjort gældende at have opfyldt sin tabsbegrænsningspligt. Klageren kunne ved åbningen af tilbudene konstatere, at

klagerens tilbud var det laveste, og havde derfor forventet at kunne påbegynde arbejdet i overensstemmelse med indklagedes tidsplan. Klageren havde afsat ressourcer hertil. På grund af det stramme tidsmæssige forløb havde klageren ikke mulighed for i stedet at påtage sig andre arbejder.

Indklagede har gjort gældende, at de pågældende overtrædelser ikke er erstatningspådragende. Der er ikke årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og klagerens påståede tab. Tabet skal i givet fald opgøres som den negative kontraktinteresse. Klageren har ikke ført tilstrækkeligt bevis for sit tab. Klageren ikke opfyldt sin tabsbegrænsningspligt.

Klagenævnet udtaler:

Ved kendelse af 29. oktober 2004 fastslog Klagenævnet, at indklagede på en række punkter havde overtrådt Tilbudsloven i forbindelse med den offentlige licitation om om- og tilbygning af ældreboliger ved Sognelunden i Agerbæk. Klagenævnet annullerede indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Benny Hansens Tømrer- og Snedkerforretning ApS.

Klageren var lavestbydende, og klagerens tilbud var konditionsmæssigt. Da tildelingskriteriet var »det laveste bud«, havde indklagede, der valgte at benytte sig af de indkomne tilbud under licitationen, følgelig været forpligtet til at beslutte at indgå kontrakt med klageren. Ved i stedet at beslutte at indgå kontrakt med Benny Hansens Tømrer- og Snedkerforretning ApS har indklagede handlet erstatningspådragende over for klageren.

Erstatningen skal som påstået af klageren udgøre den positive opfyldelsesinteresse, svarende til den mistede avance.

Ved opgørelsen af dette beløb finder Klagenævnet det berettiget – også under hensyntagen til indklagedes grove overtrædelser af Tilbudsloven - at tage udgangspunkt i det fremlagte beregningsgrundlag, som klageren har benyttet som grundlag for sit tilbud. Det bemærkes, at den beregnede avance ikke afviger fra det, der er oplyst om det nogenlunde sædvanlige i branchen og i klagerens virksomhed i de nærmest forudgående år. Der må tages hensyn til, at klagerens virksomhed er en mindre tømrervirksomhed, hvis administration varetages af indehaveren, der selv arbejder med som svend ved

opgaverne. Der må tillige tages hensyn til, at klageren kun i meget begrænset omfang har haft mulighed for at påtage sig andet arbejde i stedet for den mistede entreprise, også på grund af de snævre tidsmæssige rammer for licitationen. Der er således ikke grundlag for at fastslå, at klageren ikke har opfyldt sin tabsbegrænsningspligt.

Under hensyn hertil på den ene side og til klagerens sparede risiko på den anden side fastsættes erstatningen til 400.000 kr.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Helle Kommune, skal til klageren, Flemming Damgaard ApS, betale 400.000 kr. med procesrente fra den 31. marts 2004.

Indklagede 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.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig