

K E N D E L S E

Gentofte Murer- og Tømrerforretning ApS
(advokat Ricard Petersen, København)

mod

853 E/F Østerbrogade/Hornemannsgade
(advokat Kristian Dreyer, København)

Ved kendelse af 11. juni 2012 traf Klagenævnet for Udbud afgørelse om en klage, som klageren, Gentofte Murer- og Tømrerforretning ApS, havde indgivet over en begrænset licitation, som indklagede, 853 E/F Østerbrogade/Hornemannsgade, havde iværksat af en hovedentreprise på renovering af tag og facader på ejerlejlighedsejendommen, Østerbrogade 151/Hornemannsgade 1, København Ø. Ved kendelsen blev hverken en afvisningspåstand, som indklagede havde nedlagt eller klagerens påstande nr. 1, 2 og 3 om, at indklagede havde handlet i strid med tilbudslovens § 10, § 14 og § 8, stk. 1, taget til følge.

Ved kendelsen blev der ikke taget stilling til klagerens erstatningspåstande (påstand 4 og 5).

Kendelsen er indbragt for domstolene.

Klageren har meddelt, at erstatningspåstandene fastholdes og har anmodet om, at klagenævnet tager stilling til et anbringende om, at indklagedes forkastelse af klagerens tilbud havde været uberettiget. Dette spørgsmål blev der ikke taget stilling til i kendelsen.

Klagerens erstatningspåstande er følgende:

Påstand 4

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.086.292 kr. excl. moms med tillæg af procesrente fra sagens anlæg og indtil betaling sker, subsidiært et mindre beløb skønsmæssigt fastsat af klagenævnet.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 81.700 kr. excl. moms med tillæg af procesrente fra sagens anlæg og indtil betaling sker, subsidiært et mindre beløb skønsmæssigt fastsat af klagenævnet.

Indklagede har påstået frifindelse.

Klageren har opgjort det i påstand 4 anførte beløb som sin positive opfyldelsesinteresse således:

Klagerens salgspris, jf. tilbud på hovedentreprise	3.971.109 kr.
Klagerens købspris:	
Stilladsarbejder	515.600 kr.
Facaderensning	32.000 kr.
Murerarbejde, egen produktion	206.667 kr.
Tømrerarbejde, egen produktion	839.295 kr.
Malerarbejder	370.230 kr.
Blikkenslagerarbejder	857.025 kr.
Klagers udgift til byggeplads	<u>64.000 kr.</u> <u>2.884.817 kr.</u>
Klagerens dækningsbidrag, ekskl. moms	1.086.292 kr.

Det i påstand 5 anførte beløb er klagerens negative kontraktinteresse opgjort som klagerens tab ved at afgive tilbud. Klageren har opgjort et samlet tidsforbrug på 86 timer a 950 kr.

Erstatningsspørgsmålet er behandlet på skriftligt grundlag.

Oplysningerne i sagen

Klagerens påstande 1 – 3 lød således:

»Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 10 og dermed ansvarspådragende over for klager, ved

efter modtagelsen af tilbuddene, at have indledt forhandling med andre tilbudsgivere end klageren, som havde afgivet det laveste tilbud, uanset at tildelingskriteriet var laveste pris.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har annulleret udbuddet i strid med Tilbudslovens § 14 ved efter at have forhandlet med dels klageren og dels de øvrige bydende (i strid med Tilbudslovens § 10), at annullere udbuddet/licitationen uden en saglig begrundelse.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, ved ikke i forbindelse med licitationen af 23. juni 2011 at have besluttet at indgå kontrakt med klageren, uagtet at klageren havde afgivet tilbud med den laveste pris.«

Klagenævnet tog stilling til påstandene således:

»Ad påstand 1

Jan Nybroe, der var medlem af indklagedes bestyrelse, rettede efter tilbudsfristens udløb og samme dag, som indklagedes rådgiver havde orienteret tilbudsgiverne om hovedtallene i de modtagne tilbud, henvendelse til klageren med henblik på en reduktion af klagerens tilbud. Da klageren var lavestbydende, var denne henvendelse, der ligesom de senere henvendelser må anses for at være sket på indklagedes vegne, ikke i strid med udbudsreglerne, jf. tilbudslovens § 10. Det fremgår af flere af de e-mails, som Jan Nybroe sendte til klageren, at de andre tilbudsgivere var blevet orienteret om Jan Nybroes e-mails. Selv om de andre tilbudsgivere måtte have reageret positivt som anført af Jan Nybroe, er der ikke helt tilstrækkeligt grundlag for at antage, at indklagede herved har indladt sig i egentlige forhandlinger med de andre tilbudsgivere i strid med forhandlingsforbuddet i tilbudslovens § 10.

Jan Nybroes e-mail af 1. juli 2011 til klageren må forstås som en forkastelse af klagerens tilbud, jf. tilbudslovens § 8, stk. 3, og det er ikke godtgjort, at indklagede inden dette tidspunkt havde rettet henvendelse til de andre tilbudsgivere med henblik på ved forhandling at opnå et

lavere tilbud. Efter afvisningen af klagerens tilbud, der i øvrigt var klart ukonditionsmæssigt med sit forbehold om, at kontrakt i givet fald tillige skulle indgås med en anden, har indklagede ikke været afskåret fra at indlede forhandling med Tagsnedkeren ApS, der nu var den lavestbydende, og som den 5. juli 2011 fremkom med et revideret tilbud.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Der er ikke herved taget stilling til, om indklagedes forkastelse af klagerens tilbud har været uberettiget. Der vil som anført ovenfor senere blive taget stilling til dette spørgsmål, såfremt klageren fastholder sin erstatningspåstand.

Ad påstand 2

Indklagedes rådgiver annullerede licitationen den 5. juli 2011 under henvisning til, at de modtagne tilbud lå væsentligt over indklagedes budget. Indklagedes rådgiver havde allerede i brevet af 23. juni 2011 gjort opmærksom på denne budgetoverskridelse, og det kan efter det foreliggende lægges til grund, at netop denne omstændighed, der må anses som en saglig grund, har været bestemmende for indklagede, der på den ekstraordinære generalforsamling den 14. juli 2011 søgte ejerforeningens vedtagelse af et nyt byggebudget.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Da indklagede annullerede licitationen, har indklagede ikke haft nogen forpligtelse til at tildele den udbudte kontrakt til klageren som den lavestbydende, jf. tilbudslovens § 8, stk. 1.«

Indklagede har fremlagt klagerens årsrapport for 2011 og denuntiatiions-skrivelser fra SKAT vedrørende udlæg i det erstatningskrav, klageren har rejst.

Parternes synspunkter

Klageren har gjort gældende, at tilbudslovens § 8 indeholder en betinget kontraheringspligt, der indebærer, at indklagede skal tildele ordren og indgå kontrakt med lavestbydende, medmindre indklagede har haft en saglig grund til at annullere licitationen. Indklagede har været uberettiget til som sket i e-mailen af 1. juli 2011 (kendelsen side 5) at forkaste klagerens tilbud under henvisning til klagerens økonomiske situation. Indklagede har ikke løftet sin bevisbyrde for, at betingelserne i tilbudslovens § 8, stk. 3, for at forkaste klagerens tilbud har været til stede. Indklagede var uberettiget til at forkaste klagerens tilbud efter tilbudslovens § 8, stk. 3, når indklagede inden licitationen havde foretaget en vurdering af klageren og de 2 andre firmaer, der deltog i den begrænsede licitation. Forkastelsen er ikke sket på et andet grundlag end kendt ved udvælgelsen. Det er heller ikke godtgjort, at klageren med overvejende sandsynlighed ikke ville have været i stand til at gennemføre opgaven på tilfredsstillende måde. Der var afgivet støtteerklæringer fra ejerkredsen bag klageren og havde afgivet en positiv årsrapport.

Indklagede har gjort gældende, at der efter kendelsens udfald ikke er noget ansvarsgrundlag, som kan medføre erstatningspligt. Hertil kommer, at klagerens tilbud var klart ukonditionsmæssigt ved sit forbehold om at udføre opgaven sammen med en anden. Dette forbehold gav anledning til at undersøge klagerens forhold nærmere, hvorved det kom frem, at klageren var et selskab i rækken af flere konkursramte selskaber. De støtteerklæringer, klageren henviser til, er uden juridisk relevans. Årsrapporten fra stiftelsesdagen til 31. december 2010 viste ikke, at klageren var velkonsolideret, og klagerens årsrapport for 2011 viser, at klageren er i dyb krise. Dette bekræftes af, at indklagede har fået meddelelse om, at der er foretaget udlæg i klagerens påståede erstatningskrav. Indklagede havde ikke før modtagelsen af klagerens tilbud haft anledning til nærmere at undersøge klagerens økonomiske forhold. Årsrapporterne viser, at klageren ikke kunne have opnået nogen avance på at gennemføreopgaven, da personaleomkostningerne ville have udlignet bruttofortjenesten.

Klagenævnet udtaler:

Det er i kendelsen af 11. juni 2012 lagt til grund, at indklagede forkastede klagerens tilbud i e-mail af 1. juli 2011, jf. tilbudslovens § 8, stk. 3. Indklagede havde selv opfordret klageren til at afgive tilbud og havde inden beslutningen herom været opfordret til at iværksætte de undersøgelser, som skønnedes nødvendige for at afklare, om klageren ville være i stand til at

gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig og forsvarelig måde og i rette tid. Der fremkom efter iværksættelsen af licitationen og indtil afvisningen af tilbuddet ikke oplysninger, som kunne begrunde en anden vurdering af dette spørgsmål. Det var derfor med urette, at klagerens tilbud blev afvist med henvisning til klagerens »finansielle stabilitet«.

Klagerens tilbud indeholdt en forudsætning om, at en eventuel entrepriseaftale skulle indgås med klageren og et andet selskab som entreprenør på tømrerdelen og som medkontrahent. Som anført i kendelsen af 11. juni 2012 indebar dette forbehold, at klagerens tilbud klart var ukonditionsmæssigt og skulle have været afvist.

Klageren har derfor ikke lidt noget relevant tab ved, at kontrakten blev tildelt en anden. Indklagedes påstand om frifindelse for erstatningspåstandene tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, 853 E/F Østerbrogade/Hornemannsgade, frifindes.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, 853 E/F Østerbrogade/Hornemannsgade.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina Kønig Mejl
fuldmægtig