

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Niels Henriksen, Gorm Kildahl Eli-kofer)

J.nr.: 02-107.630

6. november 2003

K E N D E L S E

Hedeselskabet Miljø og Energi A/S
(advokat Mogens Birkebæk, Århus)

mod

Løkken-Vrå Kommune
(advokat Birte Rasmussen, Aalborg)

Sagen angår en begrænset licitation i henhold til Lov om indhentning af tilbud i Bygge- og anlægssektoren (Tilbudsloven) foretaget af indklagede, Løkken-Vrå Kommune, i januar 2002. Licitationen angik udførelse af forskellige forbedringer på Lyngby renseanlæg, og sagen drejer sig om en af entrepriserne, benævnt slamafvandingsentreprisen.

Ved kendelse af 6. februar 2003 i samme sag konstaterede Klagenævnet, at indklagede havde handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og § 11 ved at tildele kontrakten til Zickert Miljø A/S.

Nærværende kendelse angår en erstatningspåstand fra Klageren, Hedeselskabet Miljø og Energi A/S (Hedeselskabet), i sagens anledning.

Hedeselskabet har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal pålægge indklagede til Hedeselskabet at betale principalt 347.170 kr., subsidiært et mindre beløb, dog større end 165.451,44 kr., mere subsidiært 165.451,44 kr. og mest subsidiært et mindre beløb, alt med procesrente fra erstatningspåstandens opgørelse over for Klagenævnet den 21. marts 2003.

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

Hedeselskabets principale påstand fremkommer således:

A. Interne omkostninger i perioden februar-april 2002, dvs. interne omkostninger i forbindelse med licitationssagen som følge af indklagedes holdning til Hedeselskabets tilbud:

Ingeniør Ole Aslak Mortensen, 17 timer à 696,56 kr.	11.841,52 kr.
Afdelingschef Jens Haugstrup Jensen, ca. 8½ time à 846,40 kr.	7.194,40 kr.
Medarbejder Karin Thorup Mikkelsen, 2 timer à 399,35 kr.	<u>798,70 kr.</u>
	19.834,62 kr.

B. Interne omkostninger i perioden maj 2002-januar 2003, dvs. interne omkostninger i forbindelse med selve klagesagen for Klagenævnet:

Ole Aslak Mortensen, 45 timer à 698,40 kr.	31.428,00 kr.
Jens Haugstrup Jensen, 36½ time à 846,40 kr.	30.893,60 kr.
Karin Thorup Mikkelsen, 3 timer à 399,35 kr.	1.198,05 kr.
Rejseudlæg	<u>1.952,04 kr.</u>
	65.471,69 kr.

C. Mistet dækningsbidrag 210.320,00 kr.

D. Udgift til advokat:

Udgift til advokat pr. 14. februar 2003, dvs. advokatudgift i forbindelse med behandlingen af selve klagesagen for Klagenævnet	44.043,20 kr.
Skønnede advokatombkostninger til erstatningssagens behandling	<u>32.500,00 kr.</u>
	76.543,20 kr.
Med fradrag af tilkendte sagsomkostninger ved Klagenævnets kendelse af 6. februar 2003	<u>25.000,00 kr.</u>
	51.543,20 kr.

Principal påstand herefter:

A. Interne omkostninger februar-april 2002	19.834,62 kr.
B. Interne omkostninger maj 2002-januar 2003	65.471,69 kr.
C. Mistet dækningsbidrag	210.320,00 kr.
D. Udgift til advokat	<u>51.543,20 kr.</u>
Hedeselskabets principale påstand	<u>347.170,00 kr.</u>

Hedeselskabets mere subsidiære påstand fremkommer således:

E. Interne omkostninger i januar 2002, dvs. interne omkostninger ved udarbejdelse af tilbud:

Ole Aslak Mortensen, 29,5 timer à 667 kr.	19.675,00 kr.
Jens Haugstrup Jensen, ca. 8 timer à 740.60 kr.	5.924,00 kr.
Karina Thorup Mikkelsen, ca. 7 timer à 392,22 kr.	2.745,54 kr.
Rejseudlæg	<u>255,60 kr.</u>
	28.600,14 kr.

Posterne A, B og D som opgjort ovenfor, dvs. interne omkostninger februar 2002-januar 2003 samt udgift til advokat

136.849,51 kr.

Hedeselskabets mere subsidiære påstand

165.451,44 kr.

De enkelte poster er i opstillingerne ovenfor anført efter en lidt anden systematik end i Hedeselskabets egne tilsvarende opstillinger, hvilket har medført visse afrundingsforskelle.

Erstatningsspørgsmålet har været behandlet på et møde den 17. september 2003.

Som det fremgår af referatet af parternes anbringender nedenfor, gør indklagede gældende, at Hedeselskabet ikke har lidt noget tab, da Hedeselskabets tilbud var ukonditionsmæssigt og derfor ikke kunne komme i betragtning, fordi tilbudet ikke indeholdt oplysninger om slutaftvandsprocenter ved sommerdrift.

I den anledning suppleres sagsfremstillingen i Klagenævnets kendelse af 6. februar 2003 med følgende:

I licitationsbetingelserne var angivet:

»5.2.2. Afvandingsgrad

I tilbudet oplyses den forventede slutaftvandingsprocent, betegnet »T«, samt den garanterede, betegnet »T1«. Der oplyses separate værdier for henholdsvis vinter- og sommerdrift (blandingsslam).«

Tilbudslisten, der var en del af licitationsbetingelserne, indeholdt en side med overskriften »Datablad for ydelsesgaranti, Slutaftvander«. Dette datablad indeholdt forskellige rubrikker, som tilbudsgiverne skulle udfylde. Databladet indeholdt således en rubrik for den garanterede slutaftvandingsprocent, betegnet »T1«, men indeholdt derimod ikke en rubrik for den forventede slutaftvandingsprocent og indeholdt således ikke en rubrik med betegnelsen »T«. Databladet indeholdt ikke særskilte rubrikker vedrørende sommer- og vinterdrift, og det var ikke angivet, om rubrikkerne i databladet sigtede til sommer- eller vinterdrift.

I Hedeselskabets tilbud var rubrikken for den garanterede slutaftvandingsprocent, »T1«, udfyldt, og der var samtidig angivet en forventet slutaftvandingsprocent. I Hedeselskabets tilbud var øverst på databladet angivet:

»Vinterdrift, jf. 8.4.1«

Henvisningen til 8.4.1 sigtede til licitationsbetingelsernes angivelse af, at funktionsprøven skulle udføres på vinterslam. Denne angivelse er gengivet i Klagenævnets kendelse af 6. februar 2003.

De øvrige tilbudsgivere havde ikke i databladet angivet en forventet slutaftvandingsprocent, men havde blot udfyldt rubrikken om garanteret slutaftvandingsprocent, »T1«. Tilbudsgiverne Westfalia Separator og Krüger A/S angav ikke i databladet, om den garanterede slutaftvandingsprocent angik sommer- eller vinterdrift.

I indstillingen af 7. februar 2003 fra indklagedes rådgiver NIRAS Rådgivende ingeniører og planlæggere A/S (Niras) var angivet, at alle tilbud var konditionsræssige. I en skematisk opstilling i indstillingen var markeret, at tilbudene fra Hedeselskabet og Westfalia Separator ikke indeholdt garantiværdier for sommerdrift. I opstillingen var endvidere angivet, at tilbudene

fra Zickert Miljø A/S og Krüger Miljø A/S indeholdt garantiværdier for vinter- henholdsvis sommerdrift (for Krüger Miljø A/S' vedkommende med værdien for vinterdrift i parentes).

Databladet i tilbudet fra Krüger Miljø A/S synes dog ikke at indeholde garantiværdier både for vinter- og sommerdrift, og det er ikke oplyst, hvad angivelsen herom nærmere sigtede til.

Der er til brug for Klagenævnets behandling af erstatningsspørgsmålet afgivet supplerende forklaringer af afdelingschef hos Hedeselskabet Jens Haugstrup Jensen, ingeniør hos Hedeselskabet Ole Aslak Mortensen, og civilingeniør hos indklagedes rådgiver, Niras, Kaj K. Kristensen.

Jens Haugstrup Jensen har forklaret om beregningen af Hedeselskabets interne omkostninger og dækningsbidrag.

Ole Aslak Mortensen har forklaret: Det, som Hedeselskabet fokuserede på ved tilbudets udformning, var, hvad den tilbudte maskine kunne. Slutafvandingsprocenten ved sommerdrift afhang udelukkende af, hvor meget kalk indklagede ville tilsætte slammet, og man angav derfor ikke separate slutafvandingsprocenter ved sommerdrift. I øvrigt synes det at fremgå, at der tilsættes mere kalk om vinteren end om sommeren.

Kaj K. Kristensen har forklaret: Det er garantiværdierne og funktionsprøven, der er målepunkterne. Det er vinterdriften, der er den kritiske. Hvis en tilbudt maskine kunne klare vinterdriften, kunne den formentlig også klare sommerdriften. Men hvis man skulle have indgået kontrakt med Hedeselskabet, havde det været en mangel, at Hedeselskabets tilbud ikke angav garantiværdier for sommerdrift. Forholdet var væsentligt, da Kaj K. Kristensen udfærdigede sin indstilling til indklagede, men som følge af de andre forhold kom man ikke ind i den problemstilling. Med hensyn til Hedeselskabets tilbud fokuserede man på det, som man opfattede som et forbehold, hvilket er baggrunden for, at han i indstillingen skrev, at alle tilbud var konditions-mæssige. Ved nærmere studium af tilbudet fra Westfalia Separator fremgik, at garantiværdierne sigtede til vinterdrift. Man har brugt det pågældende garantiblade i mange sager. Selvom det ikke indeholder særskilte rubrikker for sommer- og vinterdrift, var der jo i licitationsbetingelserne gjort meget ud af sommer- henholdsvis vinterdrift.

Hedeselskabet har gjort gældende: Der foreligger et ansvarsgrundlag. Hedeselskabets tilbud er oplagt det bedste, og der er overvejende sandsynlighed for, at Hedeselskabet ville have fået opgaven, hvis man havde behandlet tilbudene rigtigt. Det skal derfor pålægges indklagede til Hedeselskabet at betale erstatning til positiv opfyldelsesinteresse, subsidiært negativ kontraktsinteresse, og erstatningen må beregnes som opgjort i Hedeselskabets påstand. Det er uden betydning, at Hedeselskabets tilbud ikke indeholdt garantiværdier for sommerdrift. Der er reelt enighed om, at vinterdriften er det afgørende, og Westfalia Separator oplyste heller ikke garantiværdier for sommerdrift. Der er i det højeste tale om en uvæsentlig mangel ved Hedeselskabets tilbud. Endvidere må indklagede være afskåret fra nu at gøre gældende, at Hedeselskabets tilbud var ukonditionsmæssigt. Det bestrides, at Hedeselskabet har udvist ansvarsfritagende medvirken.

Indklagede har gjort gældende: Det bestrides, at der foreligger et ansvarsgrundlag. Indklagedes vilje til at overholde reglerne har været den bedste, og Hedeselskabets angivelse af et forbehold i sit tilbud har skabt berettiget tvivl om, hvorledes tilbudet skulle forstås. Der foreligger ikke den fornødne årsagsforbindelse og adækvans. Endvidere er brugen af udtrykket forbehold i Hedeselskabets tilbud, og den manglende garantiværdi for sommerdrift i hvert fald ansvarsfritagende medvirken fra Hedeselskabets side. Selvom det imidlertid antages, at der foreligger et ansvarsgrundlag, har Hedeselskabet ikke lidt noget tab, da Hedeselskabets tilbud ikke kunne komme i betragtning som følge af, at det ikke indeholdt de foreskrevne garantiværdier for sommerdrift, således som det var foreskrevet i licitationsbetingelsernes punkt 5.2.2. Rigtigheden af Hedeselskabets erstatningsopgørelse bestrides. Man kan ikke både få erstattet dækningsbidrag og omkostninger. Det angivne dækningsbidrag er for højt, bl.a. fordi man ikke har fratrasket generalomkostninger. Endvidere er de angivne timesatser for høje, idet de øjensynlig svarer til det, der debiteres kunder. Der kan i det højeste blive tale om negativ kontraktsinteresse svarende til Hedeselskabets udgift til udarbejdelse af tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Ad indklagedes anbringende om, at Hedeselskabet ikke har lidt noget tab, da Hedeselskabets tilbud var ukonditionsmæssigt og derfor ikke kunne

komme i betragtning, fordi tilbudet ikke indeholdt garantiværdi for afvanding af slam ved sommerdrift som krævet i licitationsbetingelsernes punkt 5.2.2:

Klagenævnet kan ikke tiltræde dette anbringende. Efter Klagenævnets vurdering var det kun af sekundær betydning, om tilbudene angav garantiværdier for sommerdrift, hvilket reelt også er bekræftet ved Kaj K. Kristensens forklaring. Der henvises i denne forbindelse til, at Niras ved sin evaluering af tilbudene anså alle tilbud for konditionsmæssige, og at anbringendet om ukonditionsmæssigheden af Hedeselskabets tilbud først blev fremsat i indklagedes svarskrift af 28. april 2003 vedrørende erstatningsspørgsmålet, hvilket tydeligvis er udtryk for, at forholdet ikke har spillet nogen reel rolle. Desuden skal forholdet ses på baggrund af, at licitationsbetingelserne var uklare på det pågældende punkt, idet databladet i tilbudslisten ikke svarede til licitationsbetingelsernes punkt 5.2.2. Som følge af denne uklarhed var ingen af tilbudene udformet i overensstemmelse med licitationsbetingelsernes punkt 5.2.2, og indklagede kunne som følge af uklarheden ikke undlade at tage et tilbud i betragtning, blot fordi tilbudet ikke var udformet i overensstemmelse med licitationsbetingelsernes punkt 5.2.2.

Det omtalte anbringende kan derfor ikke tages til følge, og Klagenævnet har allerede som følge heraf ikke anledning til at tage stilling til, om indklagede har afskåret sig fra at gøre anbringendet gældende ved først at fremsætte det under erstatningssagens behandling for Klagenævnet.

Hedeselskabets tilbud havde langt den laveste tilbudspris, og Klagenævnet har ikke grundlag for at gå ud, at tilbudet ikke skulle være teknisk og kvalitetsmæssigt tilfredsstillende. Klagenævnet finder det derfor så godt som sikkert, at Hedeselskabet havde fået tildelt ordren, hvis tilbudene var blevet sagligt evalueret i overensstemmelse med tildelingskriteriet og Niras ikke havde begået de fejl, der er beskrevet i Klagenævnets kendelse af 6. februar 2003.

Der foreligger således et ansvarsgrundlag, og indklagede skal herefter til Hedeselskabet som udgangspunkt betale en erstatning, der i økonomisk henseende stiller Hedeselskabet, som om Hedeselskabet havde fået tildelt ordren, dvs. en erstatning svarende til den såkaldte positive opfyldelsesinteresse. Den positive opfyldelsesinteresse er den fortjeneste, som Hedeselskabet ville have fået ved at få tildelt ordren, dvs. dækningsbidraget. Hede-

selskabet har opgjort dækningsbidraget til 210.320 kr., og det fremgår af sagens oplysninger, at dette beløb er beregnet på grundlag af nogle procent-satser i forhold til forskellige af de poster, der indgår i tilbudssummen. Der er dog ikke fremkommet oplysning om, hvilke beregninger disse procent-satser bygger på, og det kan ikke udelukkes, at en erstatning til positiv opfyldelsesinteresse skulle fastsættes til et mindre beløb.

Derudover skal indklagede til Hedeselskabet betale et erstatningsbeløb til dækning af de interne omkostninger, som Hedeselskabet er blevet påført i sagens anledning, dvs. ikke omkostninger ved udarbejdelse af tilbud, men interne omkostninger som følge af indklagedes holdning til Hedeselskabets tilbud og sagen for Klagenævnet. Det bemærkes herved, at Hedeselskabets opgørelse af disse omkostninger ikke uden videre kan lægges til grund, da det ikke er bevist, at alle de opgjorte omkostninger har været nødvendige.

Ved erstatningens fastsættelse må der endvidere lægges en vis vægt på, at Hedeselskabet selv har bidraget til problemernes opståen ved flere gange at anvende det misvisende udtryk »forbehold« ved fremsendelsen af sit tilbud. Hedeselskabet har derved udvist en egen skyld, der må føre til en nedsættelse af erstatningen.

Erstatningen fastsættes herefter samlet skønsmæssigt til 175.000 kr., hvorfor det pålægges indklagede til Hedeselskabet at betale dette beløb med renter som påstået.

Det pålægges desuden indklagede at betale yderligere sagsomkostninger som nedenfor bestemt. Omkostningsbeløbet er fastsat som svarende til sædvanligt proceduresalær i forhold til beløbet 175.000 kr.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Løkken-Vrå Kommune, skal til klageren, Hedeselskabet Miljø og Energi A/S, betale 175.000 kr. med procesrente fra 21. marts 2003.

Indklagede skal desuden til klageren betale yderligere sagsomkostninger 17.000 kr.

Beløbene skal betales senest 8 uger efter indklagedes modtagelse af denne kendelse, medmindre indklagede forinden har indbragt kendelsen for domstolene.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig