

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Christian Østrup, Michael Jacobsen)

J.nr.: 03-248.871

1. november 2004

K E N D E L S E

H.O.Service A/S
(advokat Lars Lindhard, Esbjerg)

mod

Boligforeningen 32
(advokat Mikkel Fisker, Esbjerg)

Den 9. juli 2004 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne 1-5 i sagen. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstand 6 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 15. oktober 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 6

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 314.895 kr. med procesrente fra den 15. december 2003.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 9. juli 2004 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under licitationen har overtrådt Tilbudsloven således:

Ad påstand 2:

Indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 2, ved ikke at have fastsat og så vidt muligt prioriteret anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« ud over underkriteriet »pris«.

Ad påstand 3:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 10 ved efter modtagelsen af tilbudene at have indledt forhandling med andre tilbudsgivere end klageren, som havde afgivet det laveste bud, uagtet at tildelingskriteriet – da indklagede ikke havde fastsat andre anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« end underkriteriet »pris« – under licitationen var »det laveste bud«.

Ad spørgsmål 7:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved i licitationsbetingelserne at fastsætte: »Udbyder forbeholder sig retten til at vælge frit mellem indkomne tilbud, samt til evt. at forkaste alle.«

Ad spørgsmål 8:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, ved ikke hurtigst muligt at underrette klageren som tilbudsgiver, der har overholdt licitationsbetingelserne, om, hvilken afgørelse der var truffet med hensyn til ordretildelingen.

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

Klageren har nærmere anført, at indklagede havde været forpligtet til at indgå kontrakt med klageren, idet tildelingskriteriet var »den laveste pris«, og klageren som lavestbydende havde overholdt licitationsbetingelserne.

Indklagede har – uanset Klagenævnets kendelse af 9. juni 2004 – gjort gældende, at indklagede som udgangspunkt var berettiget til at foretage forhandling med de bydende efter deres afgivelse af tilbud. Såfremt der havde

været fastsat og så vidt muligt prioriteret anvendelige underkriterier, ville klageren ikke være blevet valgt som entreprenør til at udføre arbejdet.

Ad erstatningskravet:

Klageren har i klageskriftet opgjort sit krav således:

» Vareforbrug inkl. Moms.	40,4%	
Lønomkostning af omsætning	30,2%	
Samlet omkostning	70,6%	«

Klageren har herefter anført:

»Den mistede fortjeneste udgør således 29,4% af kr. 1.339.000 = kr. 393.666,- inkl. moms eller kr. 314.933 ekskl. moms.«

Beløbet 1.339.000 kr. svarer til klagerens budsum.

Klageren har gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om den omhandlede entreprise. Klageren har derfor krav på erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse. Kravet kan opgøres som i klageskriftet.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har lidt et tab, da klageren ikke ville have fået tildelt entreprisen, hvis der havde været fastsat og så vidt muligt prioriteret anvendelige underkriterier. Klageren har derfor ikke krav på erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse, men højst svarende til negativ kontrakt. Klageren har ikke ført bevis for sit tab. Klageren har heller ikke ført bevis for, at tabsbegrænsningspligten er overholdt.

Under den skriftlige procedure for Klagenevnet vedrørende erstatningspåstanden meddelte klagerens advokat ved skrivelse af 24. august 2004 følgende:

».....

Jeg er blevet bedt om et afsluttende processkrift vedrørende erstatningsspørgsmålet. Modparten har imidlertid ikke forholdt sig til erstatningskravet udover at der generelt er påstået frifindelse. Da kravet er specificeret i klageskriftet anmoder jeg om, at indklagede udtaler sig herom. Hvis kravet anerkendes, er et møde jo overflødigt.

.....«

Ved processkrift af 7. september 2004, hvori indklagede gjorde de ovenfor nævnte anbringender gældende, opfordrede indklagede klageren til at opgøre sit krav som negativ kontraktsinteresse samt til at oplyse, hvad klageren havde gjort for at begrænse sit tab.

Klagenævnet fastsatte ved skrivelse af 16. september 2004 frist for klageren til den 23. september 2004 til et afsluttende processkrift med opfyldelse af de fremsatte provokationer.

Ved skrivelse af 24. september 2004 meddelte klagerens advokat, at det ikke havde været muligt at fremkomme med de nødvendige oplysninger inden for den fastsatte frist.

På denne baggrund besluttede Klagenævnet at give klageren frist til den 4. oktober 2004 til at fremkomme med den ønskede dokumentation. Det blev tilkendegivet, at fristen ikke ville blive forlænget, og der ikke ville blive taget hensyn til materiale, der fremkom efter fristen.

Den 1. oktober 2004 skrev klagerens advokat således til Klagenævnet:

».....Hvis et forlig ikke opnås, skal klageren udarbejde dokumentation for kravet. Dette vil være ret omfattende og derfor tids- og omkostningskrævende, og jeg skal derfor foreslå, at sagen udsættes i f.eks. 14 dage, så forligsmulighederne kan afprøves, og at der derefter meddeles klageren en passende frist til at komme med dokumentation.....«

Efter fristens udløb – den 11. oktober 2004 – har klageren fremsendt 2 sider med egne lister over gennemførte arbejder samt en enkelt side med en beregning over klagerens tilbud med en oplyst dækningsgrad på 29,93%.

Under mødet i Klagenævnet er der afgivet forklaring af klagerens tidligere direktør, Hans Olav Olesen, der har oplyst, at klageren har 25 ansatte og ikke har måttet afslå andre opgaver, fordi man regnede med at få indklagedes entreprise. Klageren byder løbende på mange opgaver og benytter i vid udstrækning underentreprenører, som ikke får betaling, men holdes hen, indtil det er afklaret, om klageren får entreprisen. Klageren har ikke måttet afskedige folk, fordi man ikke fik denne opgave. Han har vel brugt et par timer på at kalkulere sit tilbud og har gjort det, som han plejer.

Klagenævnet udtaler:

Ved Klagenævnets kendelse af 9. juli 2004 blev det bl.a. fastslået, at tildelingskriteriet under licitationen var »det laveste bud«, og at indklagede havde handlet i strid med Tilbudslovens § 10 ved at forhandle med andre end klageren, der var lavestbydende, og som havde overholdt licitationsbetingelserne. Indklagede har således handlet erstatningspådragende over for klageren.

På den anførte baggrund må klagerens tab opgøres som den positive opfyldelsesinteresse, idet indklagede, der valgte at gøre brug af de indkomne tilbud under denne licitation, havde været forpligtet til at beslutte at indgå kontrakt med klageren. Det, som indklagede har anført i denne sammenhæng, er uden relevans.

Klageren har til brug for Klagenævnets afgørelse af spørgsmålet om, hvilken erstatning der måtte tilkomme klageren, i klageskriftet alene oplyst, at klagerens mistede fortjeneste udgør 29,4% af budsummen. Det er ikke oplyst, om der er tale om brutto- eller nettofortjeneste. %-tallet bygger på virksomhedens gennemsnitlige vareforbrug af omsætning og lønomkostning af omsætning, men heller ikke disse tal er i mindste måde nærmere belyst. Klageren har ikke fremlagt regnskaber eller andet materiale, der på nogen måde blot sandsynliggør det påståede tab.

Klageren har heller ikke sandsynliggjort, at man ikke ved at påtage sig andre entrepriser har fået udnyttet arbejdskraft og materiel på en sådan måde, at tabet ved ikke at have fået denne entreprise blev minimeret.

Da klageren endelig ikke – trods indklagedes opfordring hertil – er kommet med en opgørelse over, hvilket beløb den negative kontraktsinteresse udgør, tages indklagedes påstand om frifindelse til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Boligforeningen 32, frifindes.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, H.O. Service A/S.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig