

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Gorm K. Elikofer, Niels Sørensen)

J.nr.: 04-220.283/
2005-0002360
14. juni 2005

K E N D E L S E

HP Gruppen A/S af 1953
(advokat Holger Schöer, Århus)

mod

Hjørring Kommune
(advokat Lone Møller, Århus)

Den 31. januar 2005 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne 1-12 i sagen. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstande 13 og 14 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 25. maj 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 13

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 2.675.000 kr. med procesrente fra den 23. september 2004.

Påstand 14 (subsidiær i forhold til påstand 13)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 2.675.000 kr. med procesrente fra den 23. september 2004.

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

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 31. januar 2005 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under licitationen har overtrådt Tilbudsloven bl.a. således:

Ad påstand 6:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved ikke at foretage korrekt prissætning af forbeholdet om vinterforanstaltninger, som med vilkårene om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, var indeholdt i tilbudene fra NCC Construction Danmark A/S og Arne Andersen Vrå A/S.

Ad påstand 7:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved at anse klagerens tilbud for at indeholde et forbehold vedrørende parketgulve.

Ad påstand 9:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved at anse klagerens tilbud for at indeholde et forbehold vedrørende udskiftning af sten

Ad påstand 11:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6 og ligebehandlingsprincippet ved at anse klagerens tilbud for ikke at opfylde kravene i rettelsesblad 1 og foretage prissætning vedrørende ingeniørarbejder og arkitektarbejder af de forbehold, der måtte følge heraf.

Ad påstand 12:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, nr.1, ved at have besluttet at indgå kontrakt med NCC Constructions Danmark A/S og ikke med klageren, uagtet klageren havde afgivet det laveste konditionsmæssige tilbud.

Ad erstatningsberegningen:

Af et internt kalkulationsark fremgår, at klageren har beregnet sit samlede dækningsbidrag på entreprisen til 2.675.000 kr., svarende til et dækningsbidrag på 10,47 %. De enkelte arbejder, nedbrydningsarbejdet, råhusarbejdet,

osv., er opregnede, og det er anført, med hvilket beløb det enkelte arbejde indgår i tilbudet. Der er afsat et beløb til »Byggeplads+styring« på 1.514.000 kr. og et beløb til »Uforudsete« på 200.000 kr.

Klageren har oplyst, at klageren for så vidt angår murerarbejdet og tømrerarbejdet er egenproducent, mens der i øvrigt er kalkuleret med underentreprenører.

Af detaljerede underbilag til kalkulationsarket fremgår, hvorledes de dele af entreprisen, der vedrører murerarbejdet, tømrerarbejdet og byggepladsstyringen, er kalkuleret opdelt i arbejds løn, materialer, materiel, udgifter til underentreprenører og sociale udgifter.

Klageren har ligeledes udarbejdet følgende »Kalkulation over tabt dækningsbidrag«:

» Entreprisesum	25.556.513
Håndværkerudgifter	-19.893.280
Projektomkostninger	-1.274.233
Byggeplads excl. styring	-494.000
Uforudsete/garantiarbejder	<u>-200.000</u>
Variable omkostninger i alt	<u>-21.861.513</u>
Dækningsbidrag	<u>3.695.000 «</u>

Det anføres endvidere:

»Herfra skal trækkes omkostninger til styring/funktionærløn på i alt 1.020.000 kr. for at nå til det kalkulerede sagsbidrag på 2.675 tkr.«

Klageren har endelig udarbejdet følgende oversigt over virksomhedens byggeridivision:

	Omsætning	funktionærer	»Byggeri Timelønnede	Medarbejdere	Oms/funkt
2001/02	142.192	29	61	90	4.903
2002/03	197.362	31	78	109	6.367
2003/04	170.542	31	71	102	5.501
2004/05	150.542	32	66	98	4.704«

Omsætningen for 2004/2005 er beregnet på grundlag af omsætningen i perioden fra 1. juli 2004 til 31. januar 2005. Det er på mødet i Klagenævnet oplyst, at den realiserede omsætning er lavere end den budgetterede.

Af »Regnskabsanalyse 2004« fra Dansk Byggeri fremgår, at den gennemsnitlige dækningsgrad for byggeentreprenører med en årlig omsætning som klageren, det vil sige over 75 mio. kr., i 2003 udgjorde 12,5 %.

Klagerens revisor, statsautoriseret revisor Jann Mikkelsen, har i en redegørelse af 7. marts bl.a. anført:

»	2001/02	2002/03	2003/04	2004/05 (7mdr)
Omsætning.....	142.192	197.362	170.542	87.816
Dækningsbidrag	21.654	19.595	16.712	15.609
Dækningsgrad...	15,2%	9,9%	9,8%	17,8%«

I redegørelsen hedder det videre:

».....

Det skal præciseres, at HP Gruppen i sine dækningsbidragsopgørelser henfører en andel af gager – virksomhedens faste udgifter – til de enkelte sager. Dette ligger typisk i niveauet 3,5-4 %.

Det er vores erfaring, at langt fra alle virksomheder anvender denne praksis, hvorfor man ved sammenligning med andre, rettelig bør opjustere herfor.

.....

Når henses til virksomhedens generelle aktivitetsniveau vil en opgave i den konkrete størrelsesorden ikke påvirke virksomhedens kapacitetsrammer.

.....

Det er vores erfaring, at mangelsarbejder er af meget begrænset omfang hos HP Gruppen A/S.

.....«

Klagerens seneste 4 årsregnskaber har været fremlagt.

Der fremgår, at klageren i regnskabsåret 2001/2002 havde en omsætning på ca. 142 mio. kr. og en bruttofortjeneste på 47.836.000 kr. Det samlede medarbejderantal, omfattende såvel virksomhedens byggeridivision som industridivisionen, var 131.

I regnskabsåret 2002/2003 var klagerens omsætning ca. 197 mio. kr., bruttofortjenesten 54.600.000 kr. og det samlede medarbejderantal 165.

I regnskabsåret 2003/2004 var klagerens omsætning ca. 170 mio. kr., bruttofortjenesten 55.464.000 kr. og det samlede medarbejderantal 151.

Under mødet i klagenævnet har klagerens direktør Torben Andersen og produktionschef Henrik Petersen afgivet forklaring. Det er oplyst, at virksomheden i 2002/2003 og 2003/2004 havde styringsproblemer, der bevirkede, at man opnåede lavere dækningsbidrag end det sædvanlige. Problemerne er nu løst, og i indeværende regnskabsår forventes en dækninggrad på 16-17 %. Det er højere end gennemsnittet i branchen og udtryk for, at virksomheden er effektivt styret. Virksomheden havde kapacitet til at påtage sig Fynsgadeentreprisen, men har ikke haft overskydende kapacitet, selv om opgaven gik til anden side. Klageren har ikke fået tilsvarende opgaver ind. Der er ikke mange entrepriser på over 20 mio. kr. i området.

Parternes anbringender:

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de pågældende overtrædelser har handlet på en sådan måde, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren. Indklagede har således på en række væsentlige punkter overtrådt Tilbudsloven, og overtrædelserne er årsag til klagerens tab. Klageren gjorde opmærksom på de mulige problemer, allerede før indklagede indgik kontrakt med NCC Construction Danmark A/S. Klagerens tab har derfor været påregneligt for indklagede.

Klageren har endvidere gjort gældende, at erstatningen skal udmåles til den positive opfyldelsesinteresse, da klageren, som havde afgivet det laveste konditionsmæssige tilbud, ikke blev tildelt entreprisen. Det dækningsbidrag, som klageren har beregnet sig, er sædvanligt. Der er alene tale om en mindre entrepriseopgave, når henses til størrelsen af klagerens virksomhed. Klageren skulle således ikke have afholdt udgifter til udvidelse af sin kapacitet, hvis klageren havde fået entreprisen, og i så fald ville klageren heller ikke være blevet påført yderligere faste udgifter. Klageren har alene krævet dækning for sin mistede avance på netop denne entreprise, og påstandsbeløbet skal derfor ikke reduceres med henvisning til, at udgifter til faste omkostninger ikke kan kræves erstattet. Endelig er klagerens udgifter til udbedring af mangler i forbindelse med gennemførte entrepriser sædvanligvis begrænsede og er indeholdt i det beløb på 200.000 kr., som er afsat til uforudsete udgifter i klagerens kalkulation over dækningsbidraget.

Indklagede har gjort gældende, at de pågældende overtrædelser ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsan-

svarlig over for klageren. Indklagede, der har benyttet sig af professionelle rådgivere, skal bedømmes ud fra en lempelig culpanorm. De konstaterede overtrædelser er blot resultatet af svære tekniske skøn og vanskelige afvejelser og således ikke udtryk for, at indklagede har handlet culpøst. I hvert fald har indklagede ikke udvist grov culpa. Klagerens opgjorte tab er ikke forårsaget af indklagedes overtrædelser af Tilbudsloven.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at klageren ikke har løftet sin bevisbyrde for det påståede tab. Det fremgår af klagerens årsregnskaber, at der i klagerens virksomhed er nøje sammenhæng mellem antallet af medarbejdere og den realiserede omsætning. I regnskabsårene 2002/2003 og 2003/2004 blev der alene realiseret dækningsbidrag på 9,8 og 9,9 %, og regnskabsåret 2004/2005 viser faldende omsætning. Endelig skal det tages i betragtning, at klageren er frigjort fra den risiko, der er forbundet med en gennemført entreprise, herunder risiko for ansvar for mangler vedrørende det udførte arbejde, i forbindelse med leverancer til byggeriet og for antagne underentreprenørers insolvens m.v.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Indklagede har som fastslået i Klagenævnets kendelse af 31. januar 2005 bl.a. handlet i strid med Tilbudsloven ved at have besluttet at indgå kontrakt med en anden tilbudsgiver og ikke med klageren, der havde afgivet det laveste konditionsmæssige tilbud.

Indklagede har derfor handlet erstatningspådragende over for klageren, og kravene om årsagsforbindelse mellem indklagedes handlemåde og klagerens tab og om, at et tab skal være påregneligt for indklagede, er opfyldt. Det bemærkes i denne forbindelse i øvrigt, at klageren, som det fremgår af kendelsen af 31. januar 2005, allerede samme dag, som fristen for at indgive tilbud var udløbet, henledte indklagedes opmærksomhed på de mulige problemer i forbindelse med de afgivne tilbud.

Ad erstatningskravet:

Klagerens tab er i et tilfælde som det foreliggende den positive opfyldelsesinteresse.

Klageren har opgjort sit tab, således at entreprisens kalkulerede bidrag til virksomhedens faste udgifter – 1.020.000 kr. til »styring/ funktionærlønninger« – ikke kræves dækket. Klageren har således alene gjort krav på dækning af det beløb, der fremkommer, når entreprisens summen fradrages såvel faste som variable omkostninger. Det opgjorte afviger ikke procentuelt væsentligt fra, hvad der er sædvanligt i branchen, og hvad klageren har realiseret i forudgående år, og klageren har fremlagt fyldigt kalkulationsmateriale til underbygning heraf.

Klagenævnet fastsætter skønsmæssigt erstatningen under hensyn hertil, men også under hensyn til, at klageren som påpeget af indklagede er frigjort for den risiko, der er ved gennemførelse af en entreprise.

Indklagede skal herefter til klageren betale 2 mio. kr. med renter som påstået.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Hjørring Kommune, skal til klageren, HP Gruppen A/S, betale 2 mio. kr. med procesrente fra den 23. september 2004.

Indklagedes skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 40.000 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.

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig