

Klagenævnet for Udbud

(Poul Gorm Nielsen, Suzanne Helsteen, Knud Erik Busk)

J.nr.: 2010-0021910

18. oktober 2011

K E N D E L S E

Jytas A/S

(advokat Povl Nick Bronstein, København)

mod

Universitets- og Bygningsstyrelsen

(Kammeradvokaten ved advokat Bo Schmidt Pedersen)

Den 21. januar 2011 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1 – 2. Denne kendelse vedrører klagerens påstand om erstatning. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 3

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 3.626.890 kr. med procesrente fra den 28. april 2010.

Beløbet i påstand 3 er udtryk for klagerens positive opfyldelsesinteresse.

Indklagede har påstået frifindelse.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 3 således:

Udlejningsdel:

leje 36 måneder a 97.200

3.499.200 kr.

Afskrivning:

Anskaffelsessum:

1090 m² a kr. 8000

8.720.000 kr.

Aftalt købspris efter 3 år	6.500.000 kr.	2.220.000 kr.
Forrentning:		
Købspris	8.720.000 kr.	
Husleje i 3 år	3.499.200 kr.	
Saldo efter 3 år	5.220.800 kr.	
Forrentning med 5% pa. i 3 år af gens. af købspris og saldo efter 3år		1.045.560 kr.
Tab		233.640 kr.
<u>Produktionsdel:</u>		
35% af fortjeneste af købspris		3.052.000 kr.
35% fortjeneste af opstilling kr. 500.000		175.000 kr.
35% fortjeneste af nedtagning kr. 400.000		140.000 kr.
35% fortjeneste ved udførelse af forsyningsmæssige forhold kr. 75.000		26.250 kr.
Tab		3.393.250 kr.
Samlet tab		<u>3.626.890 kr.</u>

Indklagede har størrelsesmæssigt bestridt opgørelsen af påstand 3.

Supplerende sagsfremstilling

I udbudsbetingelserne står der bl.a.:

»1.5 Tidsplan

Afgivelse af tilbud	27.01.10
Indgåelse af kontrakt	29.01.10
Aflevering	29.03.10

Tidsplanen's afleveringsdato er sanktionsgivende og står ikke til forhandling. Overskridelse betales med kr. 5.000,- pr. arbejdsdag.«

I klagerens tilbud hedder det bl.a.:

»Tidsplan: 45 arb. dage fra ordre og godkendt byggetilladelse.«

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 21. januar 2011 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt tilbudsreglerne således:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 2, stk. 3, (ligebehandlingsprincippet) ved ikke at afvise tilbuddet fra Nordic Byg A/S, uagtet at tilbuddet ikke opfyldte kravene i »udbudsbrev« af 11. januar 2010, idet tilbuddet alene var indgivet pr. e-mail med henvisning til tidligere tilbud.

Klagenævnet annullerede indklagedes beslutning af 8. marts 2010 om at indgå kontrakt med Nordic Byg A/S.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den fastslåede overtrædelse af tilbudsloven har 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.

Indklagede har anført, at klagenævnets kendelse af 21. januar 2011 er indbragt for domstolene med påstand om, at Jytas A/S skal anerkende, at Universitets- og Bygningsstyrelsen ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3.

Indklagede har gjort gældende, at erstatningsbetingelserne efter dansk rets almindelige regler ikke er opfyldt, at bevisbyrden for erstatningsbetingelsernes opfyldelse påhviler klager, og at klager ikke har løftet denne bevisbyrde.

Ad erstatningskravet:

Klageren har bl.a. gjort gældende, at klageren har afleveret det eneste konditionsmæssige tilbud. Klageren havde derfor fået tildelt kontrakten, hvis ikke indklagede havde handlet ansvarspådragende. Det følger af klagenævnets faste praksis, at såfremt indklagede anså det, som klageren i sit tilbud

havde anført om tidsplanen som et forbehold, var indklagede forpligtet til at kapitalisere forbeholdet, hvilket med lethed kunne lade sig gøre, da indklagede udtrykkeligt havde angivet, at enhver overskridelse af tidsplanen ville blive sanktioneret med 5.000 kr. pr. arbejdsdag. Udbudsbetingelsernes formulering i relation til tidsplanen skal forstås og fortolkes i den konkrete kontekst, hvorfor det ingen betydning har, at klagenævnet i andre sager konkret måtte have vurderet, at tidsplanen udgjorde et grundlæggende element i udbudsbetingelserne.

Indklagede har bl.a. gjort gældende, at der ikke er årsagssammenhæng mellem indklagedes håndtering af udbudsforretningen og klagers påståede tab, da klageren ikke har bevist, at klageren ville være blevet tildelt kontrakten, såfremt udbudsreglerne var blevet overholdt.

Indklagede gør nærmere gældende, at klagers tilbud var ukonditionsmæssigt, da klageren i sit tilbud har taget forbehold for tidsplanen. Det er fast praksis for klagenævnet, at tidsplanen som udgangspunkt udgør et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, hvorfor forbehold for tidsplanen som altovervejende hovedregel gør et tilbud ukonditionsmæssigt. Den omstændighed, at klageren har taget forbehold for et grundlæggende element medfører, at indklagede har været berettiget og forpligtet til at erklære tilbuddet fra klageren for ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet udtaler:

Indklagede har overtrådt tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at tage tilbuddet fra Nordic Byg A/S i betragtning som fastslået i kendelsen af 21. januar 2011, og denne overtrædelse indebærer, at indklagede efter dansk rets almindelige erstatningsregler har handlet ansvarspådragende.

I udbudsbetingelserne er det fastsat, at pavillonerne skal afleveres den 29. marts 2010, og at afleveringsdagen ikke står til forhandling. Klagerens angivelse af, at pavillonerne kan afleveres 45 arbejdsdage fra ordre og godkendt byggetilladelse, er et forbehold for tidsplanen.

Tidsplanen må også i denne sag anses for at være et grundlæggende element i licitationsbetingelserne, og indklagede kunne derfor ikke lovligt tage klagerens tilbud i betragtning.

På denne baggrund finder klagenævnet, at der ikke er årsagsforbindelse mellem den overtrædelse, der blev fastslået ved klagenævnets kendelse af 21. januar 2011, og klagerens tab, som er opgjort i påstand 3.

Klagenævnet frifinder derfor indklagede.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Universitets- og Bygningsstyrelsen, frifindes.

Indklagede skal ikke betale yderligere sagsomkostninger til klageren.

Poul Gorm Nielsen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig