

K E N D E L S E

Kai Andersen A/S
(advokat Claus Berg, København)

mod

Direktoratet for Kriminalforsorgen
(Kammeradvokaten v/ advokat Bo Schmidt Pedersen, København)

Den 18. maj 2015 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen. Denne kendelse vedrører de erstatningspåstande, som Kai Andersen A/S har nedlagt i fortsættelse heraf.

Kai Andersen A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 7

Direktoratet for Kriminalforsorgen tilpligtes til Kai Andersen A/S at betale 8.757.603 kr. med procesrente fra den 28. maj 2015, subsidiært et mindre beløb.

Direktoratet for Kriminalforsorgen har påstået frifindelse.

Kai Andersen A/S har opgjort sit krav som erstatning for den positive opfyldelsesinteresse således:

”

<u>Afsnit</u>	<u>Art</u>	<u>Beløb (kr.)</u>
4.2.1	<u>Tilbud</u>	<u>49.310.700</u>
4.2.2.1	Budgetterede omkostninger til materialer	24.981.371

4.2.2.2	Budgetterede lønomkostninger	3.971.443	
4.2.2.3	Budgetterede sociale omkostninger	1.787.149	
4.2.2.4	Budgetterede generalomkostninger til drift af byggeplads	3.202.000	
4.2.2.5	Budgetteret underentreprise	6.786.650	
4.2.2	<u>Budgetterede variable omkostninger i alt</u>		<u>-40.728.613</u>
	<u>Budgetteret dækningsbidrag</u>		<u>8.582.087</u>
4.2.4	Faste omkostninger inkluderet i de budgetterede variable omkostninger		1.100.000
	<u>Budgetteret dækningsbidrag</u>		
	<u>korrigeret for medtagne faste omkostninger</u>		<u>9.682.087</u>
4.3	Omkostninger til kapacitetsudvidelser		Maksimalt 1.000.000
			<u>9.682.087 –</u>
	<u>Klagers tab før ekstraarbejder</u>		<u>8.682.087</u>
4.5	Fortjeneste ved ekstraarbejder		75.517
	<u>Klagers tab</u>		<u>9.757.603 –</u>
			<u>8.757.603</u>

”

Baggrund:

Kai Andersen A/S afgav sammen med 3 andre tilbudsgivere tilbud på fagentreprisen E05, ”Lukningsarbejder”, som var udbudt af Direktoratet for Kriminalforsorgen i forbindelse med opførelsen af Statsfængslet på Nordfalster. Entreprisen angik udvendigt facadearbejde på bygning FK samt udvendige døre/vinduer og porte på alle bygninger. Tildelingskriteriet var ”laveste pris”. Direktoratet tildelte kontrakten til Fjelsø Entreprise A/S.

Ved kendelsen af 18. maj 2015 konstaterede klagenævnet, at direktoratet under udbuddet havde overtrådt EU-udbudsreglerne således:

” ...

Tildelingskriteriet var ”laveste pris”, og tilbudsgiverne skulle som anført alene udfylde de fortrykte tilbudslister med de tilbudte priser.

Fjelsø Entreprise A/S har i strid hermed i de dele af tilbudslisterne, der vedrørte fugearbejdet, egenhændigt tilføjet mængder (og enhedspriser på disse mængder) foruden den samlede ”I alt” pris, som var krævet for

hver position. Dette er klart i strid med udbudsbetingelserne, som det også tydeligt fremgår af de spørgsmål og svar i Rettelsesblad 2 og 6, som er gengivet ovenfor.

Direktoratet har anført, at det, som Fjelsø Entreprise A/S har tilføjet til tilbudslisterne i forhold til de tilbudte priser på fugning, alene er udtryk for "mellemregninger", der fører til den tilbudte "I alt" pris. Dertil er at sige, at sådanne mellemregninger, der viser tilbudsgiverens forudsætninger for den tilbudte pris, i et tilfælde som det foreliggende, hvor der udtrykkeligt alene var efterspurgt en "I alt" pris, er udtryk for forbehold, såfremt tilbudsgiverens "mellemregninger" måtte vise sig ikke at svare til det, der var nødvendigt for at udføre opgaven.

Direktoratet har ikke søgt at prissætte forbeholdet, og det ville også, sådan som tilbudslisten er bygget op, vanskeligt kunne have ladet sig gøre uden at overskride grænserne for, hvad der efter udbudsbetingelserne skulle være tilbudsgivernes opgave at beregne.

Da forbeholdet således ikke kunne prissættes, kunne direktoratet ikke lovligt tage tilbuddet i betragtning.

Det kan ikke føre til andet resultat, at Fjelsø Entreprise A/S efter det oplyste rent faktisk ikke krævede merbetaling.

...

Herefter bestemmes:

Ad påstand 3

Indklagede, Direktoratet for Kriminalforsorgen, har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage Fjelsø Entreprise A/S' tilbud i betragtning, uagtet at dette indeholdt mængder for fuger i tilbudslisten, som var indføjet ensidigt af Fjelsø Entreprise A/S i tilbudslisten.

Direktoratets beslutning af 8. august 2014 om at tildele entreprise E05-Lukningsarbejder til Fjelsø Entreprise A/S annulleres."

Supplerende oplysninger:

Kai Andersen A/S har fremlagt uddrag af årsrapporter for de seneste 4 regnskabsår.

Kai Andersen A/S har fremlagt sin kalkulation for opgaven, udarbejdet i perioden fra den 3. maj 2014 til den 27. maj 2014. De variable omkostninger er opgjort til 40.728.613 kr., som det fremgår af opgørelsen af kravet ovenfor. Kai Andersen A/S har udførligt redegjort for opbygningen af

kalkulationen og de enkelte poster i opgørelsen og har fremlagt relevante bilag f.eks. for tilbud fra underentreprenører. Den nærmere redegørelse gengives ikke i kendelsen.

I kalkulationen for projektet er de variable omkostninger, som direkte kan henføres til projektet, opgjort således:

”

<u>Afsnit</u>	<u>Art</u>	<u>Beløb (kr.)</u>
4.2.2.1	Budgetterede omkostning til materialer	24.981.371
4.2.2.2	Budgetterede lønomkostninger	3.971.443
4.2.2.3	Budgetterede sociale omkostninger	1.787.149
4.2.2.4	Budgetterede generalomkostninger til drift af byggeplads	3.202.000
4.2.2.5	Budgetteret underentreprise	6.786.650
4.2.2	<u>Budgetterede variable omkostninger i alt</u>	<u>40.728.613</u>

”

Kai Andersen A/S har opgjort sit dækningsbidrag således:

”

<u>Afsnit</u>	<u>Art</u>	<u>Beløb (kr.)</u>
4.2.1	<u>Tilbud</u>	<u>49.310.700</u>
4.2.2.1	Budgetterede omkostning til materialer	24.981.371
4.2.2.2	Budgetterede lønomkostninger	3.971.443
4.2.2.3	Budgetterede sociale omkostninger	1.787.149
4.2.2.4	Budgetterede generalomkostninger til drift af byggeplads	3.202.000
4.2.2.5	Budgetteret underentreprise	6.786.650
4.2.2	<u>Budgetterede variable omkostninger i alt</u>	<u>-40.728.613</u>
	<u>Budgetteret dækningsbidrag</u>	<u>8.582.087</u>

”

Kai Andersen A/S har oplyst bruttofortjenesten på projekter for regnskabsårene 2010/11 til 2013/14 samt dækningsbidraget for det omhandlede projekt således:

”

(1.000 kr.)	<u>Statsfængslet Nordfalster</u>	<u>2013/ 2014</u>	<u>2012/ 2013</u>	<u>2011/ 2013</u>	<u>2010/ 2011</u>
Omsætning	49.310	145.903	136.259	163.131	89.442
”Produktionsomkostninger”	40.729	108.802	106.556	134.004	61.365
Bruttoresultat/ dækningsbidrag	8.682	37.101	29.703	29.127	28.077
<u>Andel i %</u>	<u>17,6%</u>	<u>25%</u>	<u>22%</u>	<u>18%</u>	<u>31%</u>

”

Direktoratet har oplyst, at der er udført følgende ekstraarbejder efter kontraktens indgåelse:

”Mængdeverificeringer	kr.	307.175,00
Ekstraarbejder	kr.	121.728,00
I alt	kr.	428.903,00”

Parternes anbringender:

Ad ansvarsgrundlaget:

Kai Andersen A/S har gjort gældende, at Direktoratet for Kriminalforsorgen ved den pågældende overtrædelse af EU-udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at direktoratet efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarligt over for Kai Andersen A/S, der som tilbudsgiver havde afgivet konditionsmæssigt tilbud med den laveste pris uden at få kontrakten. Der var utvivlsomt tale om et forbehold over for det grundlæggende krav i udbuddet, at tilbuddene skulle afgives som faste priser. Efter gældende ret er det ikke en betingelse for ansvarsgrundlaget for ordregiverens overtrædelse af udbudsreglerne, at disse overtrædelser skal fremstå som ”åbenbare”.

Culpabedømmelsen på udbudsområdet er efter retspraksis objektiveret, svarende til en så streng ansvarsnorm, at ansvarsgrundlaget nærmer sig et objektivt ansvar, jf. herved UfR 2007.2106H, UfR 2011.1955H og UfR 2012.2952H. Højesteret har konsekvent ladet ”karakteren af overtrædelsen”

af udbudsreglerne være i sig selv afgørende for statueringen af det fornødne ansvarsgrundlag, svarende til en objektiv eller i hvert fald objektiveret ansvarsnorm.

Den objektiverede ansvarsnorm i henhold til dansk højesteretspraksis svarer til praksis ved EU-domstolen, jf. blandt andet EU-domstolens dom af 30. september 2010 i sag C-314/09, Stadt Graz mod Strabag AG m.fl., jf. navnlig præmisserne 39 - 45, og EU-domstolens dom af 9. december 2010 i sag C-568/08, Combinatie Spijker Infrabouw-De konge Konstruktie m.fl. mod Provincie Drenthe, herunder særligt præmis 87.

Direktoratet har derfor handlet ansvarspådragende ved at tage tilbuddet fra Fjelsø Entreprise A/S i betragtning i stedet for at forkaste det som ukonditionsmæssigt.

Direktoratet for Kriminalforsorgen har gjort gældende, at den pågældende overtrædelse af EU-udbudsreglerne ikke indebærer, at direktoratet efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Kai Andersen A/S.

Direktoratet har nærmere anført, at det følger af håndhævelsesloven samt forarbejderne hertil, at spørgsmålet om, hvorvidt der er grundlag for at tilkende erstatning til en klager i en given sag, afgøres efter dansk rets almindelige erstatningsregler. Direktoratet skal således have handlet culpøst, før der foreligger et ansvarsgrundlag. Direktoratet har henvist til klagenævnets kendelse af 8. marts 2005, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S, hvorefter den omstændighed, at en udbyder overtræder en forskrift i EU-udbudsreglerne, ikke indebærer, at udbyderen derved automatisk har pådraget sig erstatningsansvar over for tilbudsgiverne under udbuddet. Erstatningsansvar foreligger kun, hvis det kan fastslås, at den pågældende overtrædelse af EU-udbudsreglerne er en handling eller en undladelse, som bedømt efter dansk rets almindelige erstatningsregler medfører erstatningsansvar.

Udbudsmaterialet tog sigte på, at fugearbejdet skulle afregnes til den faste pris, som tilbudsgiveren tilbød. Det var direktoratets opfattelse, at Fjelsø Entreprise A/S ved indsættelse af mængdeangivelser for fugearbejde ikke ændrede tilbuddets karakter fra at være et fastpristilbud til at være tilbud, der baseret på enhedspriser kunne ”mer-afregnes”. Det har ikke været

åbenbart for direktoratet, at de anførte mængder for fugearbejder medførte, at tilbuddet fra Fjelsø Entreprise A/S skulle afvises. Der foreligger således ikke en overtrædelse af udbudsreglerne af en sådan karakter, at direktoratet kan anses for at have handlet ansvarspådragende over for Kai Andersen A/S. Direktoratet har herved henvist til Højesterets domme gengivet i UfR 2007.3124 H, UfR 2011.1955 H og UfR 2013.2361 H.

Ad årsagsforbindelse og adækvans:

Kai Andersen A/S har gjort gældende, at virksomheden, hvis direktoratet ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om det udbudte bygge- og anlægsarbejde, og at virksomheden derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Kai Andersen A/S er som følge af direktoratets overtrædelse af udbudsreglerne blevet påført et økonomisk tab svarende til sin mistede fortjeneste på ordren. Kravet om årsagsforbindelse er derfor opfyldt.

Det kan under ingen omstændigheder anses for en atypisk eller på anden måde inadækvat følge af overtrædelse af EU's udbudsregler, at en tilbudsgiver, der havde afgivet laveste konditionsmæssige tilbud i en priskonkurrence, men ved en fejl fra ordregiverens side ikke tildes kontrakten, herved påføres et økonomisk tab, svarende til den mistede fortjeneste på kontrakten.

Direktoratet har gjort gældende, at Kai Andersen A/S ikke har løftet sin bevisbyrde for, at kravene om årsagsforbindelse og adækvans er opfyldt.

Tabsopgørelsen:

Kai Andersen A/S har i tilknytning til de oversigter, som er citeret ovenfor, gjort gældende, at den mistede entreprise for Statsfængslet Nykøbing Falster kunne være håndteret af virksomheden sammen med senere tilkomne opgaver uden kapacitetsudvidelser. Der er ikke grundlag for at antage, at Kai Andersen A/S ved ikke at få opgaven fik mulighed for at afgive tilbud på opgaver, som virksomheden ellers ikke kunne have budt på. Det skyldes, at virksomheden ikke havde relevante kapacitetsbegrænsninger. Selv hvis der havde været sådanne relevante kapacitetsbegrænsninger,

kunne de være fjernet ved at øge kapaciteten svarende til ekstra omkostninger på højst 1 mio. kr., som er indregnet i tabsopgørelsen.

Erstatningskravet er opgjort ud fra princippet om, at Kai Andersen A/S skal have sit fulde tab dækket, at Kai Andersen A/S ikke må opnå nogen berigelse, og at Kai Andersen A/S skal opfylde sin pligt til tabsbegrænsning.

Kravet er dokumenteret blandt andet ved den kalkulation for opgaven, som blev påbegyndt den 3. maj 2014 og færdiggjort den 27. maj 2014. I kalkulationen indgår alle de variable omkostninger, der ville have været forbundet med at udføre opgaven, dvs. både omkostninger til materialer, omkostninger til løn, omkostninger til underentreprise samt generalomkostninger. Disse omkostninger udgør dermed som udgangspunkt de omkostninger, som virksomheden kunne spare ved ikke at udføre opgaven. De budgetterede omkostninger blev estimeret i forbindelse med tilbudsafgivelse og udgør således den bedste vurdering af de reelle omkostninger ved projektet, idet Kai Andersen A/S på dette tidspunkt hverken havde en interesse i at overvurdere eller undervurdere sine omkostninger. Kalkulationen er således ikke udarbejdet med det formål at danne grundlag for et erstatningskrav. Kalkulationen er udformet på et særdeles omfattende og detaljeret grundlag, blandt andet baseret på mangeårige erfaring med tilbudsgivning for denne type entrepriser.

Kai Andersen A/S har endelig henvist til Højesterets domme i UfR 2011.1955H (Amager Strandpark) og UfR 2012.2952H (Montaneisen GmbH).

Direktoratet har gjort gældende, at det følger af dansk rets almindelige regler, at Kai Andersen A/S alene kan kræve erstatning for det adækvate, dokumenterbare tab, som virksomheden har lidt, og som den ikke burde have begrænset. Kai Andersen A/S har ikke dokumenteret sit økonomiske tab og har ikke dokumenteret, at den konkrete opgave udført til kr. 49.310.700,00 med tillæg af eventuelle ekstraarbejde ville medføre et dækningsbidrag af den påståede størrelse. Desuden bestrider direktoratet, at et forventet dækningsbidrag kan benyttes som tabsudmåling.

Kai Andersen A/S har opgjort sit tab på baggrund af en dækningsgrad på 18,25 % dokumenteret ved, at virksomheden har haft en dækningsgrad i de seneste tre regnskabsår mellem 17,85 % og 25,43 %. Erstatningskravet er

opgjort i forhold til det mistede dækningsbidrag med fradrag for sparede projektrisikoomkostninger og mulig frigørelse af kapacitet til andre opgaver. Det følger imidlertid af praksis fra klagenævnet, at der også skal fratrækkes andre udgifter end dem, man sædvanligvis vil kalde ”direkte udgifter”. Således er det den sædvanlige nettoavance, der kan kræves erstattet, og ikke bruttoavance/dækningsbidrag, jf. eksempelvis Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. august 2004, Miri Stål A/S mod Esbjerg Kommune. Derfor skal beregningen af Kai Andersen A/S’ positive opfyldelsesinteresse ikke alene opgøres på baggrund af dækningsbidraget. Der skal således ske fradrag for en forholdsmæssig del af virksomhedens faste omkostninger, jf. klagenævnets kendelse af 28. april 2006, Adelholm VVS ApS mod Faber Invest I/S.

Kai Andersen A/S’ overskudsgrad har i de seneste tre regnskabsår været mellem 3,35% og 9,53%, beregnet ud fra de angivne regnskabsoplysninger i de fremlagte årsrapporter, hvilket viser, at virksomhedens fortjeneste på sine kontrakter i almindelighed er langt lavere end en fortjeneste på 18,25 %. En erstatning i denne størrelsesorden ville således udgøre en berigelse af Kai Andersen A/S.

Desuden er virksomhedens seneste offentliggjorte regnskab for 2013/2014 atypisk, da årets resultat er markant højere end de foregående år. Følgelig påhviler der Kai Andersen A/S en øget bevisbyrde i forhold til at dokumentere, at denne entreprise ville medføre et resultat i den høje ende. Direktoratet gør gældende, at en erstatning maksimalt kan udgøre 3,35 % af nettoomsætningen på entreprisen.

Direktoratet har endvidere gjort gældende, at Kai Andersen A/S ikke har godtgjort, at virksomheden har varetaget sin tabsbegrænsningspligt ved at søge øvrige opgaver.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Tilbuddet fra Fjelsø Entreprise A/S var, som det fremgår af klagenævnets kendelse af 18. maj 2015, afgivet med en række tilføjelser på den faste blanket, som skulle anvendes. Klagenævnet modtog først efter anmodning de sider af tilbuddet, hvoraf tilføjelserne fremgik. Disse tilføjelser angav

mængdeangivelser på fugearbejdet, som ydermere havde været et omdiskuteret punkt i udbudsbetingelserne, som det også fremgår af klagenævnets kendelse.

Ved kendelsen af 18. maj 2015 fastslog klagenævnet, at direktoratet havde handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Fjelsø Entreprise A/S i betragtning.

Efter karakteren af overtrædelsen har direktoratet herved handlet ansvarspådragende over for Kai Andersen A/S.

Det, som direktoratet har anført, kan ikke føre til et andet resultat.

Der er årsagsforbindelse mellem det tab, som Kai Andersen A/S er påført, og den overtrædelse af udbudsreglerne, som direktoratet har begået. Tabet er ligeledes påregneligt.

Ad erstatningskravet:

Kai Andersen A/S havde afgivet konditionsmæssigt tilbud med den næstlaveste pris og ville have vundet kontrakten, hvis direktoratet ikke havde overtrådt udbudsdirektivets artikel 2. Erstatningskravet skal derfor udmåles som svarende til positiv opfyldelsesinteresse.

Ved fastsættelse af erstatningskravets størrelse må der blandt andet tages hensyn til usikkerheden med hensyn til, om virksomheden faktisk kunne have realiseret det forventede dækningsbidrag, og en vis usikkerhed med hensyn til, i hvilket omfang opgaven havde nødvendiggjort en kapacitetsudvidelse og dermed en forhøjelse af de faste omkostninger. Den sparede procesrisiko må ligeledes indgå.

Klagenævnet fastsætter herefter den erstatning, som Direktoratet for Kriminalforsorgen skal betale til Kai Andersen A/S, til 6 mio. kr.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Direktoratet for Kriminalforsorgen, skal til klageren, Kai Andersen A/S, betale 6 mio. kr. med procesrente fra den 28. maj 2015.

Direktoratet for Kriminalforsorgen skal i yderligere sagsomkostninger til Kai Andersen A/S betale 30.000 kr.

Beløbene skal betales inden 8 uger efter, at denne afgørelse er meddelt direktoratet.

Direktoratets indbringelse af denne kendelse for domstolene inden 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt parterne, har opsættende virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 8, stk. 1.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig