

K E N D E L S E

LM Gruppen ApS
(advokat Jesper Petersen Bach, Aarhus)

mod

DSB
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Aarhus)

Den 19. maj 2017 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 3 og 7. Klagenævnet tog ikke stilling til påstandene 1, 2 og 4-6. LM Gruppen ApS (herefter LM Gruppen), der havde taget forbehold om at nedlægge påstand om erstatning, nedlagde den 26. juni 2017 påstand om erstatning.

Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

LM Gruppen har nedlagt følgende påstand:

Påstand 8

DSB tilpligtes til LM Gruppen at betale 1.705.273,00 kr. ekskl. moms med procesrente fra den 26. juni 2017, subsidiært et mindre beløb.

LM Gruppen har opgjort sit krav i påstand 8, der angives at være udtryk for virksomhedens positive opfyldelsesinteresse, således:

”Pos.	Emne	Kostpris 1	Tilbudspris
1.1.1.	Etablering, drift og afrig- ning	83.916	120.000
1.2.1.	Etablering af risteplatfor- me, inkl. Ramper	1.751.458	1.800.000
1.2.2.	Etablering af risteover- gange	570.122	600.000
1.2.3.	Etablering af asfaltstier	333.822	480.000
1.3.1	Etablering af fremmednetstik	605.144	796.010
1.3.2	Etablering af lokonetstik	283.946	377.840
1.4.1.	Etablering af brønde, fø- ringsveje (ekskl. Trykluft) og underføringer	666.414	960.450
1.5.1.	Etablering af forsyningsan- læg	195.385	254.000
1.5.2.	Etablering af fordeling- sanlæg	189.879	246.000
1.6.1.	Projektering og dokumenta- tion	62.433	92.400
1.6.2.	Jernbanesikkerhedsmæssige ydelser	107.813	138.000
<u>Samlet</u>		<u>4.850.330</u>	<u>5.864.700</u>
Kontrolpost salgspris			6.555.603
Kontrolpost kostpris		4.850.330	
Kontrolpost DB			<u>1.705.273</u>

”

DSB har påstået frifindelse, subsidiært mod betaling af et mindre beløb end påstået af LM Gruppen.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 19. maj 2017 konstaterede klagenævnet, at DSB under udbuddet har overtrådt tilbudsloven således:

”Ad påstand 3

DSB har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise tilbuddet fra HSM Industri A/S, uanset at tilbuddet indeholdt et forbehold vedrørende udbudsmaterialets Byggesagsbeskrivelse, pkt. 4.8.4, idet tilbuddet indeholdt følgende bestemmelse vedrørende forurennet jord til deponering: ”Bortkørsel af over-

skudsjord til godkendt deponi er indeholdt i tilbuddet. Men alle afgifter, gebyrer, prøveudtagningsomkostninger samt miljøafgifter for at aflevere klasse 2, 3 og 4 jord betales af bygherre”.”

Klagenævnet annullerede ved kendelsen tildelingsbeslutningen af 20. september 2016 om at indgå kontrakt med HSM Industri A/S.

LM Gruppen har gjort gældende, at DSB ved den pågældende overtrædelse af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at DSB efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for LM Gruppen.

LM Gruppen har nærmere anført, at DSB's overtrædelse vedrører et objektivt konstaterbart forhold, nemlig at tilbuddet fra HSM Industri A/S (herefter HSM Industri) indeholdt et forbehold vedrørende et grundlæggende element. DSB var derfor efter ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt og har handlet ansvarspådragende ved at tildele kontrakten som sket. LM Gruppen har i denne forbindelse henvist til, at det må tillægges betydning ved culpavurderingen, at DSB har anvendt en professionel rådgiver til evalueringen af de indkomne tilbud, og at DSB foretog en fornyet vurdering af udbudsprocessen og herefter igen erklærede, at der ikke var begået fejl.

Af DSB's evalueringsnotat fremgår, at tilbuddet fra HSM Industri fik en samlet pointscore på 8,27. Af samme notat fremgår, at LM Gruppens tilbud fik en samlet pointscore på 8,07 og opnåede næst flest point blandt de bydende. Opgaven skulle dermed have været tildelt LM Gruppen, og DSB har derfor påført LM Gruppen et tab svarende til den positive opfyldelsesinteresse ved at tildele opgaven til HSM Industri.

LM Gruppen har vedrørende konditionsmæssigheden af LM Gruppens tilbud overordnet gjort gældende, at tilbuddet ikke indeholder forbehold, og at dette er anført explicit i tilbuddet. Virksomheden har videre gjort gældende, at DSB tidligere har haft mulighed for at vurdere konditionsmæssigheden af LM Gruppens tilbud, og at det derfor bør komme DSB til skade, at konditionsmæssigheden først anfægtes nu.

Ad tidsplanens godkendelsesproces vedr. riste

LM Gruppen har anført, at det fremgår af Arbejdsbeskrivelsen, at der skulle leveres ”en prøve af den planlagte rist”. Det fremgår derimod ikke, at der skulle ske en godkendelse af materialer inden bestilling heraf. Som følge af lange leveringstider på stål var det – for at undgå forsinkelser i tidsplanen – hensigten at købe materialerne umiddelbart efter underskrivelse af kontrakt, men ikke at sætte produktionen i gang samme dag. Dermed var der fortsat mulighed for at rumme en godkendelsesproces i tidsplanen.

Tilbudsgivernes detailtidsplaner var et konkurrenceparameter under udbuddet. Den egentlige tilrettelæggelse af arbejdet skulle imidlertid først ske i forbindelse med fastlæggelse af en arbejdsplan, herunder en aftale om, hvornår godkendelse skal foretages, jf. ABT 93, stk. 1. Ifølge LM Gruppens detailtidsplan skulle projektgennemgangsmøde afholdes den 21. september 2016. I denne forbindelse skulle bl.a. tidsplan, projektomfang, materialevalg og bemanning gennemgås og samles i en arbejdsplan. Der var dermed rigelig tid frem til den 7. november 2016, hvis der skulle ændres på fortanding, materialer mv., idet der alene skulle anvendes 5 arbejdsdage til godkendelse, hvilket sagtens kunne rummes inden for denne periode.

Ad tidsplanens godkendelsesproces vedr. arbejdstegninger

LM Gruppen har anført, at det fremgår af virksomhedens detailtidsplan, at der skulle afholdes opstartsmøde den 21. september 2016. Arbejdsdokumenter vil normalt blive gennemgået og godkendt på opstartsmødet på lige fod med tidsplaner, bemandingslister etc., jf. ABT 93 § 9 stk. 1. Alternativt ville DSB have 5 arbejdsdage til at kommentere, og godkendelsen skulle senest ske den 28. oktober 2016. Der er herved ikke taget forbehold for tidsplanens godkendelsesproces for tegninger.

Ad tidsplanens godkendelsesproces vedr. produktionsstegninger

LM Gruppen har anført, at tilbudsfristen var fastsat til den 13. september 2016 kl. 9.00. Opfyldelse af kravet ville indebære, at produktionstegningerne skulle sendes til godkendelse den 12. september 2016. Det var således ikke muligt at opfylde dette krav, hvorfor der må ses helt bort fra kravet. Af rettelsesblad af 13. august 2016 fremgår desuden under pkt. 3, at fristen for aflevering af projektmateriale, produktionstegninger m.v. fastsættes i forbindelse med kontraktindgåelse, hvilket var den 20. september 2016.

LM Gruppen har yderligere anført, at virksomheden har fastsat frist for godkendelse af produktionstegninger til den 3. oktober 2016. Denne frist er LM Gruppens egen frist for godkendelse forud for opstart af gravearbejder med sugemaskinen, som ifølge detailtidsplanen også skulle påbegyndes den 3. oktober 2016. Det er således ikke en frist, som fremgår af udbudsmaterialet.

Det fremgår imidlertid eksplicit af LM Gruppens detailtidsplan, at virksomheden havde afsat tid til udarbejdelse af arbejdsdokumenter vedrørende stål, idet design heraf i henhold til detailtidsplanen skulle udføres mellem den 4. oktober 2016 og den 14. oktober 2016. Det fremgår også eksplicit af tidsplanen, at opstart af dette arbejde var planlagt til den 7. november 2016.

LM Gruppens tidsplan indeholder således en klar illustration af, at virksomheden netop respekterede godkendelseskravet på de 15 arbejdsdage i henhold til Arbejdsbeskrivelsen, pkt. 2.8, side 10, og Arbejdsbeskrivelsen pkt. 2.10, side 11, idet der er mere end 15 arbejdsdage, henholdsvis 10 arbejdsdage mellem den 14. oktober 2016 og den 7. november 2016.

Tilbuddet fra LM Gruppen indeholdt ikke forbehold for udbudsmaterialets krav, og det erstatningsretlige krav om årsagsforbindelse er således opfyldt. Det forhold, at klagenævnet ikke tog stilling til lovligheden af den konkrete evaluering af tilbuddene og selve evalueringsmodellen, er i denne forbindelse ikke relevant, idet forholdene indgik i de subsidiære påstande.

Det må tilsvarende anses for en påregnelig følge, at en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, som følge af, at en ordregiver tildeler kontrakten til en tilbudsgiver, der har afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud, udløser et økonomisk tab svarende til den mistede fortjeneste. Dermed er kravet om adækvans opfyldt.

DSB har gjort gældende, at de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne ikke udgør en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse, som indebærer, at DSB efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for LM Gruppen. DSB har i denne forbindelse bestridt, at klagenævnets praksis har bevæget sig i retningen af et objektiveret ansvarsgrundlag.

DSB har nærmere anført, at det var DSB's og dennes tekniske rådgiveres opfattelse, at der ikke var forbehold i tilbuddet fra HSM. Selv hvis der var

forbehold, ville det ikke have betydning for evalueringen, udfaldet af tilbuddet og gennemførelsen af projektet.

Det er DSB's vurdering, at der ikke er sket en overvæltning af risikoen fra tilbudsgiverne til DSB. Der er på intet tidspunkt fjernet eller bortskaffet jord fra byggepladsen, idet al jord er forblevet på byggepladsen og fuldt genindbygget i projektet. Placeringen af jorden på den samme forureningskortlagte matrikel er derudover blevet godkendt af arealets ejer Banedanmark

DSB har yderligere gjort gældende, at kravet om årsagsforbindelse ikke er opfyldt. DSB har nærmere anført, at LM Gruppen fra tildelingsbeslutningens fremsendelse har påstået, at DSB's evaluering var behæftet med betydelige fejl og mangler, og at evalueringsmodellen var ulovlig. Idet der ikke kan tilkendes erstatning på baggrund af en ulovlig evalueringsmodel, er kravet om årsagsforbindelse ikke opfyldt. Det kan i denne forbindelse ikke komme DSB til skade, at klagenævnet ikke tog stilling til evalueringsmodellens lovlighed i forbindelse med kendelsen af 19. maj 2017.

DSB har endvidere anført, at LM Gruppen i sit tilbud havde taget ulovlige forbehold. Forbeholdene forpligtede – både samlet og enkeltvis – DSB til at se bort fra tilbuddet fra LM gruppen.

Ad tidsplanens godkendelsesproces vedr. riste

Af arbejdsbeskrivelsen pkt. "Materialer og Produkter" fremgik: "Inden produktionen af risteplatforme og -overgange sættes i gang, skal en prøve af den planlagte rist leveres til byggeledelsen for godkendelse af den påtænkte fortanding. Der skal påregnes 1 uges godkendelsestid."

DSB har i denne forbindelse anført, at projektet ifølge LM Gruppens tilbud skulle starte op den 3. oktober 2016, og bestilling af stål skulle ske den 21. september 2016 (allerede samme dag som kontraktindgåelsen). Dermed har LM Gruppen taget forbehold for tidsplanens godkendelsesproces vedrørende godkendelse af ristene, idet LM Gruppens tilbud og tidsplansforudsætninger umuliggør en godkendelse af blandt andet fortanding.

Ad tidsplanens godkendelsesproces vedr. arbejdsdokumenter

Af arbejdsbeskrivelsens fremgik endvidere at, "[a]rbejdsdokumenter vil blive kommenteret inden for 5 arbejdsdage fra modtagelsen."

LM Gruppens tilbud indeholdt samme opstartstidspunkt for projektets udførelsesarbejde og godkendelsen af produktionstegningerne, og der var hermed ikke indlagt 5 dage til kommentering.

Ad tidsplanens godkendelsesproces vedr. produktionstegninger

I arbejdsbeskrivelsen stod om godkendelse af produktionstegninger, at "[f]ølgende arbejdsdokumenter vedr. stål skal leveres til bygherretilsynets gennemsyn og godkendelse i 3 eksemplarer senest 15 arbejdsdage før arbejdet påbegyndes: Produktionstegninger, Statiske beregninger."

DSB har anført, at designet af produktionstegninger ifølge LM Gruppens detailtidsplan skulle ske den 4.-10. oktober 2016, mens godkendelse af produktionstegninger forudsættes at kunne ske senest den 3. oktober 2016. Idet kontrakten først skulle underskrives den 21. september 2016, indeholdt LM Gruppens tilbud også på dette punkt et forbehold for tidsplanens godkendelsesproces.

DSB har yderligere anført, at det fremgår af LM Gruppens tidsplan (linje 7), at der enten alene er afsat 1 arbejdsdag til godkendelse, den 3. oktober 2016, eller at DSB forudsættes at have haft 15 arbejdsdage på dette tidspunkt, der ligger 8 arbejdsdage efter kontraktindgåelse. Uanset læsningen har tidsplanen således et forbehold for godkendelseskravet.

LM Gruppens beskrivelse i tilbuddet – sammenholdt med den fremlagte detailtidsplan – viser, at virksomheden har taget forbehold for de godkendelsesmilepæle, som DSB har fastlagt. LM Gruppen har derved forhindret DSB i at påse projektets gennemførelse forud for den faktiske udførelse. Tilbuddet er på baggrund af de anførte forbehold ukonditionsmæssigt og skulle have været afvist. Betingelserne om årsagsforbindelse og adækvans er dermed ikke opfyldt.

Ad erstatningens opgørelse:

LM Gruppen har gjort gældende, at virksomhedens beregning giver et retvisende billede af tabet.

LM Gruppen har nærmere anført at tabet svarer til et dækningsbidrag på 28, 2 %. LM Gruppen har henvist til de fremlagte regnskaber for henholdsvis 2014, 2015 og 2016 og anført, at det fremgår heraf, at dækningsbidraget i de 3 år var henholdsvis 31 %, 28 % og 35 % svarende til et gennemsnitligt dækningsbidrag på 31,3 %. Dette er en beregningsmetode til opgørelse af tab, som er anvendt i en lang række sager ved Klagenævnet for Udbud, jf. eksempelvis kendelse af 19. november 2015 samt Retten i Lyngbys dom af 6. januar 2017. Det er således helt sædvanlig praksis i udbudssager, at tabet vurderes på baggrund af kalkulationer understøttet af regnskabstal.

LM Gruppen har nærmere anført, at opgørelsen af tabet i form af den positive opfyldelsesinteresse i udbudsretlige erstatningssager nødvendigvis i et vist omfang vil have hypotetisk karakter, idet opgaven ikke skal udføres, og der dermed ikke foreligger den samme dokumentation for tabet.

LM Gruppen har yderligere anført, at virksomheden ikke kunne have deltaget i andre udbud i den pågældende periode, dels fordi sugemaskinen allerede var allokeret til den udbudte opgave, dels fordi der ikke var andre udbud at deltage i. Virksomheden har endelig anført, at den udbudte opgave passer til LM Gruppens produktionsapparat, og at virksomheden har meget stor erfaring med udførelse af helt tilsvarende projekter for Banedanmark. Dette kommer til udtryk i tilbudsprisen, som var den laveste blandt de bydende. Der var således ikke særlige risici forbundet med løsningen af opgaven, som kan medføre et fradrag i erstatningen.

DSB har gjort gældende, at LM Gruppen ikke har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for det påståede tab.

DSB har nærmere anført, at dokumentationen er udateret og opgjort efter en teoretisk beregningsmodel uden inddragelse af faktiske forhold. Beregningsmodellen reducerer ikke for eventuelle risici i projektet, og det er yderligere ikke dokumenteret, at LM Gruppens budget ville være blevet overholdt. Anprisningen af, at den udbudte opgave passer perfekt til LM Gruppens produktionsapparat, idet medlemmerne af LM Gruppens team er stærkt specialiserede inden for deres respektive fagområder, udgør ikke dokumentation.

DSB har yderligere anført, at LM Gruppens beregnede dækningsbidrag på 28,2 % ikke er dokumenteret, og at årsrapporter for de seneste tre år er intetsigende, da årsrapporterne ikke indeholder dokumentation for dækningsgraden. Flere procentsatser i erstatningsklageskriftet er beregnet ved årets resultat divideret med bruttofortjenesten, som ikke er kendte økonomiske nøgletal. Dækningsgraden defineres som bruttofortjeneste (eventuelt fratrasket yderligere variable omkostninger) divideret med omsætningen. LM Gruppen har på denne måde sammenlignet to ikke-sammenlignelige tal, hvorfor sammenligningen er meningsløs, og der er ikke tale om ”yderligere dokumentation”.

LM Gruppen er en professionel tilbudsgiver, der blandt andet lever af at deltage i og vinde udbud og derfor er vant til at håndtere afslag, uden at det kan betragtes som et tab, fordi kapaciteten i så fald stilles til rådighed i andre projekter i stedet.

Ifølge LM Gruppens årsrapporter var virksomhedens bruttofortjeneste og årets resultat væsentligt højere i 2016 end i de tidligere år, selv om antallet af ansatte blot var steget med godt en enkelt. Dette indikerer, at LM Gruppen har udnyttet sin kapacitet til fulde, selv om LM Gruppen fik afslag på totalentreprisen.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved vurderingen af, om DSB efter de almindelige erstatningsregler har handlet ansvarspådragende, lægger klagenævnet vægt på, at DSB under tilbudsevalueringen ikke afviste tilbuddet fra HSM Industri A/S, uanset at tilbuddet indeholdt et forbehold vedrørende et grundlæggende element, jf. klagenævnets kendelse af 19. maj 2017.

DSB har herefter handlet ansvarspådragende.

Spørgsmålet er dernæst, om LM Gruppen ApS er afskåret fra at få erstatning som følge af indholdet af virksomhedens tilbud, idet DSB nu har gjort gældende, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt, idet det angiveligt indeholder forbehold for udbudsmaterialets tidsplan.

Ad Arbejdsbeskrivelsen afsnit 3.5, Materialer og produkter

I Arbejdsbeskrivelsen s. 18-19 var under overskriften *Materialer og Produkter* fastsat:

”Inden produktion af ristepplatforme- og overgange sættes i gang, skal en prøve af den planlagte rist leveres til byggeledelsen for godkendelse af den påtænkte fortanding. Der skal påregnes 1 uges godkendelsestid.”

Godkendelsestiden for ”Prøver” i øvrigt var i Arbejdsbeskrivelsen s. 11 fastsat til 10 arbejdsdage.

I udbudsmaterialets udbudstidsplan var fastsat, at kontrakt med entreprenøren skulle indgås den 20. september 2016.

I tilbuddet fra LM Gruppen ApS var anført:

”2.5 Detailtidsplan - delafleveringer:

Vi er helt indforstået med, at der er igangsætningsfrist d. 03. Oktober 2016, og en afleveringsfrist d. 09. December 2016.

...

Disse terminer fremgår ligeledes af vores detailtidsplan (vedhæftet som separat fil).

...

Selvom vi ved, at opstartsdatoen er 03. Oktober 2016, bestilles materialer og leverancer umiddelbart efter kontraktunderskrivelsen, for at forebygge forsinkelser i detailtidsplanen.”

Af LM Gruppen ApS’ detailtidsplan fremgår endvidere, at bestilling af stål ville ske den 21. september 2016.

Oplysningen i tilbuddet om, at der ville ske bestilling umiddelbart efter kontraktindgåelsen, udgør ikke et forbehold i forhold til tidsplanen med hensyn det fastsatte om levering af den planlagte rist til byggeledelsen for godkendelse.

Ad Arbejdsbeskrivelsen afsnit 2.8, Arbejdets planlægning - godkendelse af produktionstegninger

Tilbudsfristen var fastsat til den 13. september 2016 og datoen for kontraktindgåelse som nævnt til den 20. september 2016.

Det var i udbudsbetingelserne fastsat, at arbejdsdokumenter ville blive kommenteret inden for 5 arbejdsdage fra modtagelsen. Det var endvidere fastsat, at produktionstegninger mv. skulle leveres til bygherretilsynets gennemsyn og godkendelse senest 15 arbejdsdage før arbejdets påbegyndelse, dvs. 15 arbejdsdage forud for den 3. oktober 2016. Dette tidspunkt lå forud for fristen for afgivelse af tilbud.

LM Gruppen ApS anførte i sin tidsplan bl.a., at udførelsen af projektet ville blive påbegyndt den 3. oktober 2016, og at designet af produktionstegninger ville ske den 4. til 10. oktober 2016. Dette kan på den anførte baggrund ikke føre til, at tilbuddet skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt.

LM Gruppen ApS' tilbud skulle således ikke have været afvist. Det, som DSB i øvrigt har anført, kan ikke føre til et andet resultat.

Ad erstatningskravet:

LM Gruppens opgørelse over størrelsen af tabet er udokumenteret og indeholder en række usikkerhedsmomenter, herunder med hensyn til kostpris, risici og muligheden for at udnytte virksomhedens kapacitet til andre opgaver. Erstatningens størrelse fastsættes derfor på det foreliggende grundlag skønsmæssigt til 500.000 kr. De fremlagte årsregnskaber kan ikke føre til fastsættelse af en større erstatning.

Herefter bestemmes:

DSB skal til LM Gruppen ApS betale 500.000 kr. med procesrente fra den 26. juni 2017.

DSB skal i yderligere sagsomkostninger til LM Gruppen ApS betale 15.000 kr.

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

DSB's 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. 1.

Michael Ellehauge

Genpartens retlighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig