

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Thomas Jensen og Niels Sørensen)

J.nr.: 04-244.336/

2005-0002361

30. september 2005

K E N D E L S E

Løgten murer- og entreprenørforretning A/S
(advokat Hans Erik Steffensen, Århus)

mod

Århus Kommune
(advokat Tina Braad, Århus)

Den 18. april 2005 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne 1-6 i sagen. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstande 7 og 8 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 19. september 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 7

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 3.059.771 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra den 11. oktober 2004 samt sagens omkostninger.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 361.705,50 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra den 11. oktober 2004, samt sagens omkostninger.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 7 med henvisning til et internt bilag, »Vestergårdsskolen – Prisberegning«, der er fremlagt i sagen. Bilaget viser de enkelte poster i klagerens tilbud og er opbygget, så tilbudets priser – der anføres at være inklusiv dækningsbidrag – kan sammenlignes med klagerens angivelige kostpris, der anføres at være uden dækningsbidrag. I bilaget anføres afslutningsvis, at klagerens forventede dækningsbidrag i forbindelse med byggesagen udgjorde 3.059.771 kr.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 8 således:

a. Udgift til afgivelse af tilbud	77.000,00 kr.
b. Klagerens udgifter i form af arbejdstimer i forbindelse med sag nr. 04-244.336 [klagesagen], 97 timer á kr. 350 til direktør Jens Nielsen	33.950,00 kr.
c. Afholdte advokatombkostninger	142.000,00 kr.
d. Skønnede ombkostninger til sagens afslutning	<u>60.000,00 kr.</u>
I alt	312.950,00 kr.
med fradrag af tilkendte ombkostninger	<u>-25.000,00 kr.</u>
	287.950,00 kr.
Moms, 25% heraf	<u>71.987,50 kr.</u>
	359.937,50 kr.
hvor til kommer transport, direktør Jens Nielsen København tur/retur, togbilletter	<u>1.768,00 kr.</u>
I alt	<u>361.705,50 kr.</u>

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 18. april 2005 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under licitationen har overtrådt Tilbudsloven således:

Ad påstand 1:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 12, stk. 1, og gennemsigtighedsprincippet ved ikke som begrundelse for at annullere licitationen vedrørende murerentreprisen for modernisering og

genopretning af Vestergårdskolen at anføre, at ingen af de bydende havde afgivet tilbud, der lå inden for indklagedes økonomiske rammer for entreprisen, uagtet dette var indklagedes begrundelse for at annullere licitationen.

Ad påstand 2:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved at annullere licitationen vedrørende murerentreprisen for modernisering og genopretning af Vestergårdskolen, uagtet der ikke var en saglig begrundelse herfor, idet moderniseringen ville kunne gennemføres inden for de foreliggende rammer.

Ad påstand 3:

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og § 12, stk. 1, ved at annullere murerentreprisen for modernisering og genopretning af Vestergårdskolen, da den anførte begrundelse ikke var saglig, idet det blev anført, at annullationen var begrundet i »forhold i billigste bydendes bud«.

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.

Klageren har nærmere anført, at indklagede på væsentlige punkter groft har overtrådt licitationsreglerne, idet indklagede ikke har angivet en korrekt begrundelse for beslutningen om annullation af licitationen, men i stedet har givet en usaglig begrundelse. Indklagede har foretaget en ulovlig annullation af licitationen.

Indklagede har gjort gældende, at de pågældende overtrædelser ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har nærmere anført, at indklagede ikke har begået ansvarspådragende fejl i forbindelse med licitationen. Indklagedes annullation af licitationen var begrundet i indklagedes fejlfortolkning af reglerne om regnefejl og i den forbindelse indklagedes opfattelse af, at licitationen ikke uden en reduktion af entreprisens omfang kunne gennemføres inden for de økonomiske rammer, som indklagede havde til rådighed. Beslutningen om at an-

nullere licitationen blev truffet på et tidspunkt, hvor indklagede var underlagt meget stramme økonomiske rammer, og hvor reglerne for den enkelte skoles mulighed for selv at bidrage med finansieringen af vedligeholdelsesarbejder og investeringer var under revision. Under disse omstændigheder er indklagedes overtrædelser ikke ansvarspådragende.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at der ikke er årsagsforbindelse mellem de konstaterede overtrædelser af Tilbudsloven og klagerens påståede tab. En tilbudsgiver risikerer under enhver licitation, at udbyderen annullerer den. Det kan lægges til grund, at indklagede – såfremt indklagede ikke havde valgt at annullere licitationen - ville have valgt at tildele kontrakten til Murerfirmaet Baarup ApS. Klageren er derfor ikke berettiget til positiv opfyldelsesinteresse. Klageren er heller ikke berettiget til at få erstattet den negative kontraktinteresse. Klageren har nemlig ikke bevist, at klageren ikke ville have afgivet tilbud, såfremt man havde vidst, at licitationen ville blive annulleret. Det følger klart af det forhold, at klageren – til trods for, at klageren var af den opfattelse, at indklagedes annullation af den første licitation var ulovlig – valgte at afgive tilbud under den anden licitation. Endelig blev klagerens mulighed for at få murerentreprisen i realiteten forbedret ved indklagedes annullation af den første licitation, idet indklagede med fuldt kendskab til størrelsen af de øvrige tilbudsgiveres tilbud fik mulighed for at revidere sit tilbud.

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende påstand 7 gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med licitationsreglerne og ansvarspådragende, ville have fået kontrakten om murerentreprisen vedrørende Vestergårdskolen, eller at det i hvert fald er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten. Indklagede har nemlig ikke løftet sin bevisbyrde for, at det var muligt at fastholde Murerfirmaet Baarup ApS på det afgivne tilbud, og klageren ville være lavestbydende, hvis det ikke var tilfældet. Klageren har derfor krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren har vedrørende den subsidiære påstand 8 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med de forgæves afholdte udgifter forårsaget af, at virksomheden afgav tilbud under en licitation, der efterfølgende blev annulleret i strid med Tilbudsloven. Klage-

ren har således i hvert fald krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse. Indklagede har begået grove overtrædelser af Tilbudsloven, og klageren har derfor haft behov for advokatbistand i usædvanligt omfang, således at hovedreglen om, at udgifter til sådan bistand dækkes af de tilkendte omkostninger, ikke bør følges fuldt ud. Deltagelse i den anden licitation har krævet omkostninger, idet alt skulle omkalkuleres for at sikre rigtigheden af tilbudet.

Indklagede har vedrørende påstand 7 gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren, hvis de pågældende overtrædelser ikke var begået, ville have fået kontrakten, eller at dette var overvejende sandsynligt. Der er derfor ikke grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse. Indklagede har nærmere anført, at klagerens tilbud var mere end 2 mio. kr. dyrere end lavestbydendes. Tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS ville således selv efter en prissætning af forbeholdene i denne tilbudsgivers tilbud være betydeligt billigere end klagerens. Det kan derfor som anført lægges til grund, at klageren ikke ville have fået kontrakten. Dertil kommer, at klagerens opgørelse af den mistede fortjeneste svarer til et dækningsbidrag på mere end 40%, det vil sige langt over det sædvanlige i branchen. Opgørelsen af klagerens udgifter er helt udokumenteret og den mistede fortjeneste udregnet på grundlag af ekstraarbejder i et hypotetisk omfang. Dertil kommer, at der ikke er taget højde for »sparet risiko«, og at klageren ikke har godtgjort at have opfyldt sin tabsbegrænsningspligt.

Indklagede har vedrørende den subsidiære påstand 8 gjort gældende, at klageren har kunnet gøre brug af sit første tilbud ved udarbejdelsen af sit andet tilbud. Det kan konstateres, at klageren ved sit andet tilbud alene har ændret på ganske få poster. Klagerens udgifter til udarbejdelse af tilbud er udokumenterede og bygger ikke på opgørelse af timeforbrug eller lignende. Der kan ikke gives selvstændig erstatning vedrørende udgifter til at føre sagen for Klagenævnet.

Klagenævnet udtaler:

Som anført af indklagede løber tilbudsgivere til enhver tid den risiko, at udbyderen annullerer licitationen. Såfremt annullationen er sagligt begrundet, handler udbyderen ikke herved ansvarspådragende over for tilbudsgiverne.

Som fastslået i Klagenævnets kendelse af 18. april 2005 har indklagede imidlertid overtrådt Tilbudslovens § 6, stk. 1, ved som anført ad påstand 2 at annullere licitationen vedrørende murerentreprisen for modernisering og genopretning af Vestergårdskolen, uagtet der ikke var en saglig begrundelse herfor.

Indklagede har derved handlet ansvarspådragende over for klageren. De interne forhold, som indklagede har forklaret sin overtrædelse med, kan ikke føre til andet resultat. Det bemærkes i øvrigt, at der som beskrevet i Klagenævnets kendelse, herunder i bygningskonstruktør Lars Kodbøl Jørgensens gengivne forklaring og ad påstand 2, er begået en række grove overtrædelser og ikke blot enkelte fejlskøn.

Der er ikke grundlag for at fastslå eller anse det for sandsynliggjort, at klageren – såfremt indklagede havde gennemført licitationen uden at begå de fastslåede overtrædelser – ville være blevet tildelt kontrakten. Tildelingskriteriet var »det laveste bud«, og klagerens tilbud lå over tilbudet fra Murerfirmaet Baarup ApS, som indklagede ikke var forpligtet til at undlade at tage i betragtning. Klagerens tab på grund af indklagedes overtrædelse kan derfor ikke opgøres som den positive opfyldelsesinteresse.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke kan anses for bevist, at klageren ville have undladt at afgive tilbud, hvis klageren vidste, at licitationen ville blive annulleret, og at klageren derfor heller ikke er berettiget til erstatning af den negative kontraktinteresse. Et sådant synspunkt kan i sagens natur ikke tiltrædes. Der kan heller ikke - som betingelse for erstatning i form af negativ kontraktinteresse - stilles krav om, at en tilbudsgiver i den beskrevne situation afgiver tilbud under en eventuel ny licitation. Det forhold, at klageren i denne sag *har* afgivet tilbud også under den fornyede licitation har imidlertid indflydelse på udmålingen af den erstatning, der tilkommer klageren, idet erstatningen må opgøres som de udgifter, der er forbundet med afgivelsen af dette tilbud.

I mangel af præcise oplysninger om omfanget af klagerens arbejde i forbindelse med udarbejdelsen af det fornyede tilbud, der i vidt omfang må antages at have bygget på klagerens første tilbud, fastsætter Klagenævnet beløbet skønsmæssigt til 20.000 kr. med renter som påstået.

Erstatning for udgift til advokatbistand under Klagenævns sagen må efter fast praksis anses for dækket af det tilkendte omkostningsbeløb, og Klagenævnet har ikke mulighed for at forhøje det beløb, der blev tilkendt ved kendelsen af 18. april 2005.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Århus Kommune, skal til klageren, Løgten murer- og entreprenørforretning A/S, betale 20.000 kr. med procesrente fra den 11. oktober 2004.

Indklagede skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 20.000 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.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig