

K E N D E L S E

MT Højgaard A/S
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

1. Slots- og Ejendomsstyrelsen
2. Helsingør Kommune
(Kammeradvokaten ved advokat Kurt Bardeleben)

Den 10. april 2008 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende en klage, som MT Højgaard A/S den 28. februar 2008 havde indgivet mod 1. Slots- og Ejendomsstyrelsen og 2. Helsingør Kommune. Den 4. juli 2008 har MT Højgaard A/S indgivet en yderligere klage mod de 2 indklagede vedrørende spørgsmålet om erstatning. Sagen har været behandlet på et møde den 24. september 2008, hvor Klagenævnet alene har behandlet spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger erstatningspådragende forhold og i bekræftende fald, om der foreligger årsagsammenhæng mellem dette erstatningsansvar og et tab opgjort efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse, subsidiært mellem dette erstatningsansvar og et tab opgjort efter reglerne om negativ kontraktsinteresse.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 5

De indklagede tilpligtes in solidum til klageren at betale 25.370.444 kr. med procesrente fra den 4. juli 2008.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

De indklagede tilpligtes in solidum til klageren at betale 636.929 kr. med procesrente fra den 4. juli 2008.

De indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 5 således:

Dækningsbidrag vedrørende følgende arbejder:

1. Bassinprojekt Anlæg Øst	5.968.571 kr.
2. Rørbassin Kongekajen	376.952 kr.
3. Option Basisprojekt	2.412.805 kr.
4. DB Anlæg Vest	7.551.707 kr.
5. Afsat risikopulje	9.360.409 kr.
Samlet dækningsbidrag	<u>25.670.444 kr.</u>

Klageren har opgjort sit krav i påstand 6 således:

a. Reproduktionsomkostninger/lystryk	11.964 kr.
b. Rådgiverhonorar Carl Bro A/S	90.000 kr.
c. Gageudgifter MT Højgaard A/S	534.965 kr.
	<u>636.929 kr.</u>

De indklagede indgik den 15. april 2008 på grundlag af deres beslutning af 4. februar 2008 kontrakt med Per Aarsleff A/S.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ad påstand 1 og 3

Ved kendelsen af 10. april 2008 konstaterede Klagenævnet, at de indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Påstand 1

De indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet) ved vurderingen af tilbudene i relation til underkriterium »A. Pris« at have vurderet tilbuden på grundlag af en beregnet fiktiv pris, som fremkom ved, at 70 % af tilbudenenes pris for basisydelsen og 30 % af tilbudenenes pris for optionen blev lagt sammen, uagtet det i udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbudenenes pris

for hovedydelsen ved vurderingen i relation til underkriterium »A. Pris« skulle vurderes særskilt og vægtes med 70 %, og at tilbudenes pris for optionen ved vurderingen af tilbudene i relation til underkriterium »A. Pris« ligeledes skulle vurderes særskilt og vægtes med 30 %.

Påstand 3

De indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet) ved ved vurderingen af tilbudene i relation til underkriterium »C. Udførelse og jordhåndtering« at have lagt vægt på de miljømæssige forhold ved transport af jord og bortskaffelse af jord, uagtet der i udbudsbetingelserne var fastsat et underkriterium »E. Kvalitets- og Miljøstyring«, som omfatter de miljømæssige forhold ved transport af jord og bortskaffelse af jord.

Klageren har gjort gældende, at de indklagede ved de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at de indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlige over for klageren, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

De indklagede har gjort gældende, at de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne ikke indebærer, at de indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlige over for klageren.

Ad påstand 7

Klageren har under denne sag anmodet Klagenævnet om at tage stilling til en yderligere overtrædelse begået af de indklagede efter, at Klagenævnet den 10. april 2008 havde afsagt kendelse, og klageren har herudover gjort gældende, at også denne overtrædelse indebærer, at de indklagede er erstatningsansvarlige over for klageren.

Den overtrædelse, som klageren yderligere ønsker Klagenævnets stillingtagen til, har Klagenævnet – i mangel af en formulering fra klagerens side – formuleret således:

»Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved den 15. april 2008 at indgå kontrakt med Per Aarslef

A/S, uagtet Klagenævnet ved kendelse af 10. april 2008 havde konstateret overtrædelserne beskrevet i påstand 1 og 3.«

Klageren har vedrørende påstand 7 gjort gældende, at indklagede på det tidspunkt, hvor de indklagede indgik kontrakt med Per Aarsleff A/S, havde mulighed for lovligt at træffe en ny beslutning om at indgå kontrakt med klageren, idet Klagenævnet havde tillagt klagen opsættende virkning, at de indklagede på det tidspunkt, hvor de indgik kontrakten med Per Aarsleff A/S, var bekendt med, at de indklagedes vurdering af tilbudene var i strid med den fremgangsmåde, der var fastsat i udbudsbetingelserne, at de indklagede på det tidspunkt, hvor de indgik kontrakten med Per Aarsleff A/S, var bekendt med, at en vurdering af tilbudene i overensstemmelse med den fremgangsmåde, der var fastsat i udbudsbetingelserne, ville have ført til, at klageren havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, således at kontrakten skulle have været indgået med klageren, samt at de indklagede på det tidspunkt, hvor de indgik kontrakt med Per Aarsleff A/S, af klageren var orienteret om, at klageren fortsat ønskede at indgå kontrakt med de indklagede.

Klageren har endvidere gjort gældende, at overtrædelserne beskrevet i påstand 7 indebærer, at de indklagede efter dansk rets erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

De indklagede har gjort gældende, at de ikke ved den 15. april 2008 på grundlag af beslutningen af 4. februar 2008 at indgå kontrakt med tilbudsgiveren Per Aarsleff A/S har handlet i strid med nogen EU-udbudsretlig forskrift. Dette skyldes, at Klagenævnet til trods for, at der var nedlagt påstand herom, og til trods for, at klagen var tillagt opsættende virkning, ikke i kendelsen af 10. april 2008 annullerede de indklagedes beslutning af 4. februar 2008 om at indgå kontrakt med Per Aarsleff A/S. Klagenævnet annullerede heller ikke ex officio hele udbudsforretningen. Tværtimod ville det have været en ikke sagligt begrundet annulation af udbudet fra de indklagedes side, hvis de havde annulleret udbudet for at give klageren mulighed for at afgive et nyt tilbud.

De indklagede har endvidere gjort gældende, at en eventuel overtrædelse som beskrevet i påstand 7 ikke indebærer, at de indklagede efter dansk rets erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende den principale påstand 5 gjort gældende, at klageren, hvis de indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om det udbudte bygge- og anlægsarbejde, eller at det i hvert fald er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, og at klageren derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren har vedrørende den subsidiære påstand 6 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden under udbudet afgav tilbud, og at klageren således har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse.

De indklagede har vedrørende den principale påstand 5 gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået kontrakten, at klageren heller ikke har ført bevis for, at det er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse.

De indklagede har vedrørende den subsidiære påstand 6 gjort gældende, at den udgift, som klageren har haft, er en følge af den risiko for forgæves afholdte udgifter, der for virksomheder er forbundet med at afgive tilbud under udbud.

Klagenævnet udtaler:Ad erstatningsgrundlaget:Ad påstand 7

Klagenævnet har ikke ved kendelsen af 10. april 2008 givet indklagede pålæg om at lovliggøre udbudsforretningen, ligesom Klagenævnet ikke har annulleret nogen beslutning truffet af indklagede, specielt ikke indklagedes beslutning af 4. februar 2008 om at indgå kontrakt med Per Aarslef A/S

(påstand 4), til trods for, at klageren havde nedlagt påstand herom, jf. herved lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1. Klagenævnet har heller ikke nedlagt forbud mod, at indklagede foretager bestemte handlinger eller meddelt indklagede påbud om at foretage bestemte handlinger, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, jf. § 12, stk. 1.

Det forhold, at indklagede den 15. april 2008 i overensstemmelse med sin beslutning af 4. februar 2008 indgik kontrakt med Per Aarsleff A/S indebærer således ikke, at der er handlet i strid med Klagenævnets kendelse af 10. april 2008.

Der er endvidere ikke i EU-udbudsretten nogen regel, som regulerer, hvordan indklagede efter afsigelsen af Klagenævnets kendelse af 10. april 2008 med det indhold, den havde, skulle handle.

Det følger af det anførte, at indklagede ikke ved den 15. april 2008 at indgå kontrakt med Per Aarsleff A/S har handlet i strid med nogen forskrift. Påstand 7 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 1 og 3

Efter beskaffenheden af den overtrædelse, som Klagenævnet har konstateret ad påstand 1, har de indklagede ved denne overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 2 efter de almindelige erstatningsregler handlet ansvarspådragende over for klageren.

Efter beskaffenheden af den overtrædelse, som Klagenævnet har konstateret ad påstand 3, har de indklagede ikke efter de almindelige erstatningsregler handlet på en måde, som indebærer, at de indklagede er erstatningsansvarlige over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Ad påstand 5

Klagerne har til støtte for, at der er årsagsammenhæng mellem de indklagedes ansvarspådragende adfærd i relation overtrædelsen konstateret i påstand 1 og klagerens tab opgjort efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse, henvist til, at Klagenævnet i kendelsen af 10. april 2008 ad påstand 4 udtæ-

ler: »...klageren har påvist, at de indklagedes vurdering af tilbudene ville være blevet anderledes, hvis de indklagede havde anvendt den fastsatte fremgangsmåde«. Det fremgår imidlertid af Klagenævnets kendelse, at denne konstatering alene vedrører de indklagedes vurdering af de 3 afgivne tilbud i relation til underkriteriet »A. Pris«, men ikke de indklagedes samlede vurdering af tilbudene.

På grundlag af de oplysninger om de indklagedes vurdering af tilbudene, som blev forelagt Klagenævnet under den første sag, kan Klagenævnet fastslå, at det er helt overvejende sandsynligt, at de indklagede også ved en korrekt anvendelse af underkriteriet »A. Pris« ville have vurderet tilbudet fra Per Aarsleff A/S som det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der er derfor ikke godtgjort nogen årsagsammenhæng mellem den ansvarspådragende fejl vedrørende påstand 1 og klagerens tab opgjort efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6

Klagenævnet lægger til grund, at klageren også ville have afgivet tilbud, hvis udbudsbetingelsernes afsnit »2.2. Tildelingskriterier« havde været formuleret, så det klart fremgik, at de indklagede ved anvendelsen af underkriterium »A. Pris« ville foretage vægtningen mellem Basisprojektet og Optionsprojektet på den måde, som det var tilsigtet, og som det er beskrevet i Klagenævnets kendelse af 10. april 2008 ad påstand 4. Det lægges endvidere også efter behandlingen af denne sag til grund, at klageren ikke har påvist, at den fejlagtige formulering af udbudsbetingelserne har haft betydning for klagerens udformning af sit tilbud, således at klageren på grund af fejlen har fået forringet sin mulighed for at afgive det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. Klagenævnets kendelse af 10. april 2008 ad påstand 4. Som det endvidere fremgår af Klagenævnets kendelse af 10. april 2008 kan det fastslås, at de indklagede ikke med den anvendte ukorrekte formulering af udbudsbetingelserne har tilsigtet at disfavorisere klageren eller andre tilbudsgivere, og at overtrædelsen alene skyldes en forkert formulering. Det kan endvidere som anført ad påstand 5 konstateres, at overtrædelsen ikke har haft betydning for de indklagedes valg af den tilbudsgiver, der skulle indgå kontrakt med. På denne baggrund er det tab, som klageren har opgjort ad påstand 6, et resultat af den risiko, som enhver virksomhed, der vælger at afgive tilbud under en udbudsforretning, må påregne. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

De indklagede frifindes.

De indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig