

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Michael Jacobsen, Erik Hammer)

J.nr.:2006-0005063

21. februar 2007

K E N D E L S E

1. MT Højgaard A/S
2. Skanska Danmark A/S
(advokat Christian Johansen, København)

mod

Fonden for Frederiksborgcentret–Hillerød
(advokat Hans Lykke Hansen ved advokatfuldmægtig Kenneth Joensen,
København)

Den 3. oktober 2006 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1 og 2 i sagen. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagernes påstande om erstatning, indtil Klagenævnet havde taget stilling til denne påstand. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 26. januar 2007.

Klagerne har nedlagt følgende påstande:

Påstand 3

Indklagede tilpligtes til hver af klagerne at betale 398.188 kr. med procesrente fra den 30. januar 2006.

Indklagede har påstået frifindelse.

Klager 1 har opgjort sit krav vedrørende gager således:

1. Projektering	52.056	kr.
2. Tilbudsudregning	129.051	kr.
3. Sektionsdirektør	14.690	kr.
4.		kr.
I alt	195.797	kr.

Klager 1 har opgjort sine omkostninger i øvrigt således:

a. Arkitekt	180.530	kr.
b. Lystryk	16.775	kr.
c. Taxa	407	kr.
d. Kørepenge	4.680	kr.
I alt	202.392	kr.

Klager 2 har ikke særskilt opgjort sit krav, men har henvist til de opgørelser, som klager 1 har fremlagt.

Den begrænsede licitation fandt sted bl.a. på grundlag af en udbudstegning, som tilbudsgiverne kunne foretage ændringer i. Under mødet i Klagenævnet har klagerne foretaget en sammenligning af denne udbudstegning i forhold til tilbudstegningerne fra klager 1 og Carlo Lorentzen A/S og sammenholdt med den tilbudstegning, der indgik i Carlo Lorentzens »alternative tilbud«, dateret den 30. november 2004. Det fremgår heraf, at Carlo Lorentzen A/S' oprindelige tilbudstegning kun indeholdt få nyskabelser i forhold til udbudstegningen, mens det vindende »alternative tilbud« fra denne tilbudsgiver på flere væsentlige punkter indeholdt de samme nyskabelser som tilbudstegningen fra klager 1, herunder for så vidt angår indgangsparti og placering af omklædningsfaciliteter.

Under mødet i Klagenævnet er der afgivet forklaringer af ingeniør Flemming Schwartzbach og sektionsdirektør Lars Fuhr Pedersen, begge klager 1, og direktør Carsten Larsen og ingeniør Allan Almbjerg, begge indklagede.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 3. oktober 2006 konstaterede Klagenævnet, at indklagede har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Ad påstand 1:

Indklagede, Fonden for Frederiksborgcentret–Hillerød, har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at beslutte at indgå kontrakt med Carlo Lorentzen A/S vedrørende udvidelse med en ny hal på ca. 7.750 m² uden forinden at gennemføre EU-udbud.

Klagerne har gjort gældende, at indklagede ved den pågældende overtrædelse af EU-udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at indklagede efter gældende erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klagerne, der som tilbudsgivere havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

Klagerne har nærmere anført, at indklagede har forledt tilbudsgiverne til at tro, at der var tale om en reel konkurrence med overholdelse af ligebehandlingsprincippet. Udbudsmappen bærer således titlen »Udbud – totalentrepri-sekonkurrence«. I strid hermed har indklagede videregivet klager 1's tilbudsmappe til Carlo Lorentzen A/S, hvis første tilbud var billigst, men ikke arkitektonisk tilfredsstillende. Samtidig har man forsøgt at sløre forløbet ved at fejldatere Carlo Lorentzens »alternative tilbud«, så det fremstod som rettidigt.

Indklagede har gjort gældende, at den pågældende overtrædelse af EU-udbudsreglerne ikke indebærer, at indklagede efter gældende erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klagerne.

Indklagede har nærmere anført, at indklagede overtrådte EU-udbudsreglerne som følge af en undskyldelig vildfarelse om, hvorvidt indklagede var forpligtet til at afholde EU-udbud. I øvrigt er der blevet afholdt en reel konkurrence.

Ad erstatningskravet:

Klagerne har gjort gældende, at de har krav på at få dækket deres tab i forbindelse med de forgæves afholdte udgifter ved afgivelsen af tilbud, og at klagerne således har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse.

Klagerne har nærmere anført, at klager 1's krav er nøje dokumenteret ved de fremlagte opgørelser. Da erstatningen under alle omstændigheder skal fastsættes skønsmæssigt, er det forsvarligt at lægge samme opgørelser til grund ved fastsættelsen af den erstatning, der tilkommer klager 2. Der er ikke grundlag for at antage, at klager 1's tilbud ikke er konditions-mæssigt. Synspunktet er i øvrigt først kommet frem under skriftvekslingen, og efter fast praksis i Klagenævnet kan indklagede – efter først at have taget et til-

bud i betragtning – ikke herefter under en sag for Klagenævnet om erstatning gøre gældende, at tilbudet ikke var konditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at klager 1's tilbud var ukonditionsmæssigt på flere punkter på grund af forbehold, og klager 2's tilbud var for dyrt. Der er således ikke grundlag for at tildele nogen af klagerne erstatning svarende til negativ kontraktinteresse.

Klagenævnet udtaler:

Indklagede har ved i forbindelse med halbyggeriet at undlade at afholde EU-udbud i overensstemmelse med Bygge- og anlægsdirektivet handlet ansvarspådragende over for de virksomheder, som indklagede indbød til at afgive tilbud. Der er således tale om en grov overtrædelse, vel den udbudsretligt grovest tænkelige, og der er ikke grundlag for at frifinde indklagede for klagernes erstatningskrav under henvisning til, at indklagede led af en undskyldelig vildfarelse om reglerne.

Med hensyn til, om betingelserne i øvrigt for at pålægge indklagede at betale erstatning til klagerne svarende til negativ kontraktsinteresse er opfyldt, bemærker Klagenævnet, at klagerne er professionelle entreprenørfirmaer med ekspertise på udbudsområdet. Klagerne var, da de afgav tilbud, fuldt ud bekendt med, at den begrænsede licitation ikke var iværksat efter reglerne i Bygge- og anlægsdirektivet. Klagerne valgte alligevel at afgive tilbud. Klagenævnet finder derfor ikke grundlag for at tilkende klagerene erstatning for de forgæves afholdte tilbudsomkostninger som følge af det manglende udbud.

Klagenævnet har ikke kompetence til at tage stilling til, om klager 1 på andet grundlag har krav mod indklagede.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Fonden for Frederiksborgcentret – Hillerød, frifindes.

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
Kontorfuldmægtig