

Klagenævnet for Udbud

(Søren Holm Seerup, Trine Heidemann Garde, Thomas
Grønkjær)

J.nr.: 2009-0020592

20. juli 2010

K E N D E L S E

Otto P. Nedergaard A/S
(advokat Finn Holm-Jørgensen, København)

mod

Boligforeningen Bispegaarden
(advokat Irene Dahl, København)

Den 17. februar 2009 iværksatte Boligforeningen Bispegaarden en begrænset licitation efter Tilbudsloven (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende udførelse af fundamentsforstærkning, facadeistandsættelse m.v. Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Licationsbetingelserne blev udsendt den 17. februar 2009 til følgende udpegede ansøgere:

1. Børge Jakobsen og Søn A/S
2. Otto P. Nedergaard A/S
3. Entreprenørfirmaet Einar Kornerup A/S
4. J. Magnussens Eftf. ApS

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 24. marts 2009 havde de fire virksomheder afgivet tilbud. Indklagede, Boligforeningen Bispegaarden, besluttede at indgå kontrakt med Børge Jakobsen og Søn A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 8. juli 2009.

Den 3. november 2009 indgav klageren, Otto P. Nedergaard A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen er behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at have afvist tilbuddet fra Børge Jakobsen og Søn A/S, uagtet at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, idet det indeholdt Dansk Byggeris standardforbehold punkt 3 og 8.

Påstand 2

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 3.452.572 kr. med procesrente fra den 3. november 2009.

Indklagede har vedrørende påstand 1 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 2 nedlagt påstand om frifindelse.

I »udbudsbrev« af 17. februar 2009 er anført følgende vedrørende forbehold:

- » Der accepteres kun de respektive fags standardforbehold med de ændringer, er fremgår af udbudsmaterialet, samt Dansk Byggeris standardforbehold af maj 2008 eks. pkt. 3 og 8.«

I licitationsbetingelsernes fællesbetingelser pkt. 3.2.4 er anført følgende vedrørende forbehold:

» **Forbehold**

Forbehold over for krav, der er stillet i udbudsmaterialet, kan medføre, at tilbuddet vil blive betragtet som ukonditionsmæssigt.

Følgende forbehold anerkendes i det omfang arbejdet ikke er mængdesat og beskrevet i SB:

- Dansk Byggeris standardforbehold af maj 2008 eks. pkt. 3 og 8.
- ...

– ... «

Tilbud af 24. marts 2009 fra Børge Jakobsen og Søn A/S var afgivet på en fortrykt blanket fra Dansk Byggeri. Af tilbuddet fremgår blandt andet følgende:

» GRUNDLAG

...

FORBEHOLD

Dansk Byggeris Standardforbehold

For tilbuddet gælder AB 92 og følgende af de på bagsiden anførte forbehold

☐ 1. ☐ 2. ☐ 3. ☐ 4. ☐ 5. ☐ 6. ☐ 7. ☐ 8. X Alle«

I klagerens tilbud af 24. marts 2009 var der som forbehold anført følgende:

» Dansk Byggeris standardforbehold af maj 2008. eks. pkt. 3 og 8.«

Ved licitationen den 24. marts 2009 havde tilbudsgiverne givet tilbud med følgende priser (excl. moms):

1. Børge Jakobsen og Søn A/S:	31.998.100 kr.
2. Klageren, Otto P. Nedergaard A/S:	36.670.000 kr.
3. J. Magnussens Eftf. ApS:	36.837.021 kr.
4. Entreprenørfirmaet Einar Kornerup A/S:	37.222.000 kr.

I brev af 25. marts fra indklagedes rådgivende ingeniør, Abildhauge A/S, til indklagedes advokat har ingeniørfirmaet kapitaliseret værdien af forbeholdene fra Børge Jakobsen & Søn A/S til 340.000 kr. eksklusiv moms.

I breve af 30. marts og 7. april 2009 har klageren anført, at klageren ved licitationen den 24. marts 2009 gjorde opmærksom på, at det laveste tilbud ikke var konditionsmæssigt, idet der i tilbuddet fra Børge Jakobsen og Søn A/S var taget forbehold pkt. 3 og pkt. 8 i Dansk Byggeris standardforbehold.

Indklagede har i brev af 15. april 2009 anført, at repræsentanten fra Børge Jakobsen og Søn A/S under licitationen gjorde opmærksom på, at der var tale om fejlskrift, idet han fejlagtigt havde sat kryds i feltet »Alle forbehold«.

Klageren har i særskilt bilag redegjort for sammensætningen af tilbudssummen og fordelingen af klagerens dækningsbidrag på de enkelte delopgaver. Opgørelsen viser, at klageren i sit tilbud havde indregnet et dækningsbidrag på 3.452.572 kr., hvilket beløb klageren kræver erstattet. Ved opgørelsen af dækningsbidraget har klageren beregnet sit dækningsbidrag på syv delopgaver, der var lagt ud til underentreprenører. Derudover har klageren beregnet sit dækningsbidrag på murerarbejder, som klageren selv skulle udføre. Endelig har klageren beregnet et dækningsbidrag på 481.311 kr. vedrørende posterne »OPN A/S diverse«, »Fast byggeleder« og »Fast formand« på i alt 3.912.889 kr.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Børge Jakobsen & søn A/S var ukonditionsmæssigt, da det i licitationsbetingelserne var anført, at punkterne 3 og 8 i Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008 ikke ville blive accepteret, og da tilbuddet fra Børge Jakobsen & søn A/S var med forbehold for samtlige af Dansk Byggeris standardforbehold. Indklagede havde pligt til at afvise tilbuddet, da det afveg fra grundlæggende elementer i licitationen.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede anså fejlskriften fra lavestbydende som mindre væsentlig. Der var ikke tale om en aktiv indskrift af forbeholdene i tilbuddet, men en utilsigtet afkrydsning af feltet »alle forbehold«. Dette meddelte lavestbydende entreprenør på licitationstidspunktet, og indklagede indså på samme tidspunkt, at der var tale om en fejl og accepterede i henhold hertil tilbuddet som afgivet uden Dansk Byggeris standardforbehold af maj 2008 pkt. 3 og 8.

Da forbeholdene kunne prissættes, var tilbuddene under alle omstændigheder sammenlignelige. Klagerens tilbud var stadig ikke i nærheden af lavestbydende. Ligebehandlingsprincippet er derfor ikke tilsidesat.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at klagerens tilbud ville have været tilbuddet med en laveste pris, hvis det ukonditionsmæssige tilbud var blevet afvist. Indklagede må derfor erstatte klagerens tab svarende til det mistede dækningsbidrag på 3.452.572 kr.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for et erstatningskrav. Det kan ikke lægges til grund, at klageren ville have fået kontrakten, da indklagede ikke har overtrådt tilbudsloven ved tildelingen, og da det vindende tilbud under alle omstændigheder var det billigste, også selvom man havde anerkendt og kapitaliseret de to forbehold.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det tilbud, som blev afgivet af Børge Jakobsen og Søn A/S, blev afgivet med alle Dansk Byggeris standardforbehold af maj 2008, herunder pkt. 3 og 8. Af licitationsbetingelserne fremgik eksplicit, at forbeholdenes pkt. 3 og 8 ikke kunne accepteres. De to forbehold udgjorde derfor en afvigelse fra grundlæggende elementer i licitationsbetingelserne. Indklagede har derfor handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at tage tilbuddet fra Børge Jakobsen og Søn A/S i betragtning.

Klagenævnet tager derfor påstand 1 til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Tilbudsloven ved at indgå kontrakt med Børge Jakobsen og Søn A/S og ikke med klageren, der havde afgivet det laveste konditionsmæssige bud.

Indklagede har derfor handlet erstatningspådragende over for klageren, og kravene om årsagsforbindelse mellem indklagedes handlemåde og klagerens tab og om, at et tab skal være påregneligt for indklagede, er opfyldt. Det bemærkes i denne forbindelse i øvrigt, at klageren allerede ved licitationen den 24. marts 2009 henledte indklagedes opmærksomhed på det

mulige problem i forbindelse med tilbuddet afgivet af Børge Jakobsen og Søn A/S.

Da klager har godtgjort, at denne skulle have haft kontrakten i stedet for Børge Jakobsen og Søn A/S, er klagerens tab i et tilfælde som det foreliggende den positive opfyldelsesinteresse.

Det er klageren, der har bevisbyrden for, i hvilket omfang der er lidt et tab. Bevisbyrden er i sagen alene søgt løftet ved en af klageren ensidigt til brug for klagesagen udarbejdet opgørelse. Klagerens opgørelse af sit tabte dækningsbidrag er forbundet med betydelig usikkerhed. Det er herunder udokumenteret, hvorvidt posterne »OPN A/S diverse«, »Fast byggeleder« og »Fast formand« på i alt 3.912.889 kr., der kræves erstattet med et dækningsbidrag på 481.311 kr., dækker over variable omkostninger eller kapacitetsomkostninger. Endvidere har klageren ikke fremlagt regnskabsmæssige oplysninger om gennemsnitlige dækningsbidrag eller tilsvarende, der kunne bestyrke det opgjorte tab. Klagerens opgørelse er herefter ikke i sig selv tilstrækkelig til at løfte bevisbyrden for tabets størrelse.

Klagenævnet fastsætter derfor erstatningen skønsmæssigt ud fra de foreliggende oplysninger. Ved fastsættelsen tages der hensyn til, at klageren er frigjort for den risiko, der er ved gennemførelse af en entreprise.

Indklagede skal herefter til klageren betale 1.000.000 kr. med renter som påstået.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at have afvist tilbuddet fra Børge Jakobsen og Søn A/S, uagtet at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, idet det indeholdt Dansk Byggeris standardforbehold punkt 3 og 8.

Ad påstand 2

Indklagede, Boligforeningen Bispegaarden, skal til klageren, Otto P. Nedergaard A/S, betale 1.000.000 kr. med procesrente fra den 3. november 2009.

Indklagede skal i sagsomkostninger til klageren betale 10.000 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.

Klagegebyret tilbagebetales.

Søren Holm Seerup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Lillian Sivertsen
kontorfuldmægtig