

K E N D E L S E

Per Aarsleff A/S
(advokat Hans-Peter Jørgensen, Århus)

mod

Amager Strandpark I/S
(advokat Thomas Ryhl, København)

Den 26. august 2004 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen påstand 1-10. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 10. februar 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 11

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 20.045.863 kr. med procesrente af 19.500.685 kr. fra 6. maj 2004 og af 945.180 kr. fra den 9. februar 2005.

Påstand 12 (subsidiær i forhold til påstand 11)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 20.045.863 kr. med procesrente som anført i påstand 11.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 11 således:

1. Mistet dækningsbidrag	19.084.685 kr.
2. Lønudgifter i perioden 1. juli – 31. oktober 2004 til 2 ansatte medarbejdere – en projektleder og en indkøber	416.000 kr.
3. Interne udgifter til personalets behandling af klagesagen	356.000 kr.
4. Advokatudgifter i forbindelse med klagesagen	189.178 kr.
	20.045.863 kr.

Indklagede har størrelsesmæssigt bestridt alle 4 poster.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 26. august 2004 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsgesetzets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at afvise tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, uagtet dette tilbud indeholdt vilkår om, at Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende for kontrakten, idet Danske Entreprenørers Standardforbehold af marts 2001 indeholder forbehold vedrørende vinterforanstaltninger, som vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og hvis økonomiske rækkevidde er så usikker, at forbeholdet ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan prissættes.

Ad påstand 8

Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsgesetzets artikel 30, stk. 1, litra b, ved i udbudsbetingelserne som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have fastsat underkriterierne (3) »Organisationsplan for opgaven« og (5) »Kvalitetsstyring af opgaven«, uagtet disse underkriterier var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ad påstand 10

Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning af 23. april 2004 om at indgå kontrakt med nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV.

Klageren har i første række gjort gældende, at indklagede allerede som følge af overtrædelsen af EU-udbudsreglerne anført i påstand 1 er erstatningsansvarlig over for klageren.

Klageren har i anden række gjort gældende, at indklagede ved den anførte overtrædelse af EU-udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at indklagede efter dansk rets almindelige erstatningsregler er erstatningsansvar-

lig over for klageren, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten. Klageren har nærmere anført, at indklagedes erstatningsansvar i forbindelse med indklagedes virksomhed som offentlig udbyder ikke skal bedømmes efter den culpanorm, der er gældende for offentlige forvaltningsmyndigheder i relation til deres myndighedsudøvelse, men skal bedømmes efter en culpanorm, som er strengere end culpanormen vedrørende myndighedsudøvelse.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke ved den pågældende overtrædelse af EU-udbudsreglerne uden videre er erstatningsansvarlig over for klageren. Indklagede har endvidere gjort gældende, at indklagede heller ikke på grundlag af en vurdering af den pågældende overtrædelse af EU-udbudsreglerne efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, idet indklagede har udvist den fornødne agtpågivenhed og har handlet forsvarligt og fuldt ud inden for rammerne af det vide skøn, der tilkommer indklagede som led i selskabets virksomhed som offentligretligt organ.

Indklagede har nærmere anført, at det følger af forarbejderne til § 6, stk. 3, i Lov om Klagenævnet for Udbud, at spørgsmål om grundlaget for erstatning og erstatningsberegning for skade forvoldt ved overtrædelse af EU-udbudsreglerne skal afgøres efter dansk rets almindelige erstatningsregler. En konstatering af, at der er handlet i strid med EU-udbudsreglerne, medfører således ikke i sig selv, at der også foreligger et ansvarsgrundlag i erstatningsretlig forstand. Det er tilsvarende understreget i fællesskabsretlig praksis, at erstatningsansvar for overtrædelse af fællesskabsretlige principper og regler må baseres på den culpanorm, der er fælles for de erstatningsretlige principper, der gælder i de enkelte medlemsstater. Det gælder ligeledes også efter fællesskabsretten, at det er den erstatningssøgende, der skal bevise såvel sit tab som størrelsen heraf og påvise årsagssammenhæng og adækvans.

Indklagede har i den forbindelse særligt fremhævet, at indklagede også i erstatningsretlig sammenhæng må betragtes som en offentlig myndighed, og at indklagedes påståede erstatningspådragende handlinger derfor må bedømmes efter den – ganske lempelige – culpanorm, der gælder ved bedømmelsen af offentlige myndigheders handlinger.

Indklagede har benyttet sig af professionel rådgivning i forbindelse med gennemførelse af udbudet og har bestandigt undervejs i forbindelse med såvel udarbejdelsen af udbudsbetingelserne som vurderingen af de modtagne tilbud bestræbt sig på fuldt ud at sikre en lovlig, saglig og objektivt set helt uangribelig gennemførelse af udbudet. Indklagede har således gjort sit yderste for at sikre, at udbudet blev gennemført uden fejl og mangler.

Ved på denne måde at sørge for at tilvejebringe de bedst mulige rammer for opfyldelsen af de pligter, der som ordregiver påhvilede indklagede, blandt andet gennem tilkøb af ikke blot den nødvendige, men endog den størst mulige ekspertise såvel ved tilrettelæggelse og gennemførelse af udbudet herunder udarbejdelse af det detaljerede udbudsmateriale som ved vurderingen af de indkomne tilbud, har indklagede handlet ganske som en bonus pater familias. Indklagede kan således ikke bebrejdes sin tilrettelæggelse eller gennemførelse af udbudet, og indklagede har derfor heller ikke handlet ansvarspådragende i forbindelse hermed, selv om der efterfølgende er konstateret en overtrædelse af Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6.

Den konstaterede overtrædelse af EU- udbudsreglerne må betragtes som forårsaget af et ikke helt korrekt anlagt skøn, der dog er anlagt inden for de ganske vide rammer, der tilkommer ordregivere og offentlige myndigheder i det hele taget, som handler indenfor rammerne af deres myndighedsudøvelse.

Ad erstatningskravet:

Klageren har gjort følgende gældende:

Udbudet blev gennemført med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« og med følgende underkriterier:

1. Pris
2. Hovedtidsplan, særligt med hensyn til forholdene for badegæster
3. Organisationsplan for opgaven
4. Byggeriets gennemførelse
5. Kvalitetsstyring af opgaven.

Klagenævnet for Udbud har bestemt, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra b, ved i udbudsbetingelserne som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordel-

agtige bud« at have fastsat underkriterierne 3. »Organisationsplan for opgaven« og 5. »Kvalitetsstyring af opgaven«, uagtet disse underkriterier var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Indklagede var således i forbindelse med tildeling af kontrakten forpligtet til alene at anvende følgende underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« anført i prioriteret rækkefølge:

1. Pris
2. Hovedtidsplan, særligt med hensyn til forholdene for badegæster
4. Byggeriets gennemførelse.

Indklagedes tekniske rådgiver, Niras A/S, har i forbindelse med tilbudsvurderingen for så vidt angår underkriterium 2 »Hovedtidsplan, særligt med hensyn til forholdene for badegæster« anført følgende: »Alle tre tilbudsgivere opfylder de specificerede krav i udbudsmaterialet, og der er derfor ikke tillagt ekstraudgifter«. Indklagedes rådgiver har endvidere for så vidt angår underkriterium 4 »Byggeriets gennemførelse« anført følgende: »Alle tre tilbudsgivere opfylder de specificerede krav i udbudsmaterialet, og der er derfor ikke tillagt ekstraudgifter«.

Situationen var herefter for indklagede følgende vedrørende tilbudspriserne for nr. 2. Hofmann/Boskalis JV, nr. 4. Joint Venture MT Højgaard A/S, Dredging International og Züblin Scandinavia A/S og nr. 6. Per Aarsleff A/S:

	Tilbudssummen	Tillægspris vedr. option 1	Pris incl. option 1
Nr. 2.	178.650.000 kr.	2.160.000 kr.	180.810.000 kr.
Nr. 4.	203.395.000 kr.	8.900.000 kr.	212.295.000 kr.
Nr. 6.	188.188.188 kr.	2.700.000 kr.	190.888.188 kr.

Efter tilbudskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« og de 3 lovlige underkriterier hertil skulle indklagedes vurdering af tilbudene være følgende:

	<u>Nr. 2</u>	<u>Nr. 4</u>	<u>Nr. 6</u>
1. Pris incl. option 1	180.810.000 kr.	212.295.000 kr.	190.888.188 kr.
2. Hovedtidsplan, særligt med hensyn til forholdene for badegæster	Ikke tillagt ekstraudgifter	Ikke tillagt ekstraudgifter	Ikke tillagt ekstraudgifter

4. Byggeriets gennemførelse	Ikke tillagt ekstraudgifter	Ikke tillagt ekstraudgifter	Ikke tillagt ekstraudgifter
I alt	180.810.000 kr.	212.295.000 kr.	190.888.188 kr.

Da indklagede i henhold til Klagensævnets kendelse var forpligtet til at bortse fra tilbudet afgivet af indklagede nr. 2, kan det lægges til grund, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud er afgivet af klageren, der således skulle have haft tildelt kontrakten.

Parterne har vedrørende de enkelte poster gjort følgende gældende:

Ad post 1

Klageren har gjort gældende, at klageren, hvis selskabet havde fået kontrakten, ville have realiseret et dækningsbidrag på 19.084.685 kr. Dette dækningsbidrag fremkommer således:

Pris incl. option 1	190.888.188 kr.
Sparede variable omkostninger, som de fremgår af klagerens beregninger foretaget forud for afgivelsen af tilbudet	<u>171.803.503 kr.</u>
	19.084.685 kr.

Indklagede har gjort gældende, at det krævede dækningsbidrag, der svarer til 10,22 % af enterprisesummen, er helt urealistisk stort og slet ikke svarer til de dækningsbidrag, der fremgår af klagerens regnskaber for de senere år. Hertil kommer, at der ved projekter som det aktuelle med store berøringsflader til naturen altid vil være en betydelig risiko for uforudsete udgifter, som medfører, at sådanne usædvanlige projekter ofte ikke giver det forventede afkast og lejlighedsvis slet ikke giver afkast, men tab. Klageren har således ikke sandsynliggjort, at selskabet har haft et tab, idet klageren ikke med tilstrækkelig sikkerhed har kunnet godtgøre, at selskabet ville have formået at gennemføre projektet med et positivt dækningsbidrag.

Ad post 2

Klageren har gjort gældende, at selskabet har haft et tab ved, at 2 medarbejdere, som var afsat til fra 1. juli 2004 udelukkende at beskæftige sig med Amager Strandpark – projektet, i en 4 måneders periode efter 1. juli 2004 ikke kunne beskæftiges andre steder hos klageren, og at klageren derfor har haft et tab svarende til deres løn i 4 måneder.

Indklagede har bestridt, at der er en årsagsmæssig sammenhæng mellem forløbet af udbudet og denne udgift.

Ad post 3

Klageren har gjort gældende, at disse udgifter er en følge af indklagede ansvarspådragende handlemåde under udbudet og derfor skal erstattes.

Indklagede har gjort gældende, at disse udgifter er en del af de udgifter, der er forbundet med at drive en entreprenørvirksomhed, og at der derfor ikke er nogen årsagssammenhæng mellem udbudets forløb og disse lønudgifter. Indklagede har endvidere gjort gældende, at klageren under alle omstændigheder ikke kan få dækket denne udgiftspost ved siden af en eventuel erstatning for tabt dækningsbidrag, jf. post 1.

Ad post 4

Klageren har gjort gældende, at denne udgift er en følge af indklagedes ansvarspådragende handlemåde under udbudet og derfor skal erstattes.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens omkostninger til advokat er omkostninger, som ikke kan kræves erstattet udover de sagsomkostninger, som klageren måtte få tilkendt ved behandlingen af sagen for Klagenævnet.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Den omstændighed, at en udbyder overtræder en forskrift i EU-udbudsreglerne, indebærer ikke, at udbyderen derved automatisk har pådraget sig erstatningsansvar over for tilbudsgiverne under udbudet. Erstatningsansvar foreligger kun, hvis det kan fastslås, at den pågældende overtrædelse af EU-udbudsreglerne er en handling eller en undladelse, som bedømt efter dansk rets almindelige erstatningsregler medfører erstatningsansvar, jf. Folketingstidende 1999 – 2000, Tillæg A, side 6865, 2. spalte.

Som det fremgår af Klagenævnets kendelse af 26. august 2004, gjorde indklagede sig under udbudet skyldig i en fejlvurdering dels teknisk ved sin vurdering af konsekvenserne af forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger i tilbudet fra nr. 2 Hoffmann/Boskalis JV, dels juridisk ved sin sammenholdelse – på baggrund af EU-udbudsreglerne om forbehold – af på den ene side konsekvenserne af forbeholdet og på den anden side de udtrykkelige krav vedrørende vinterforanstaltninger, der fremgik af udbudsbetingelserne. På grund af denne fejlvurdering anså indklagede ikke det pågældende forbehold vedrørende vinterforanstaltninger som et forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, som skulle medføre, at indklagede var forpligtet til at afvise dette tilbud. Indklagede gjorde sig imidlertid i fortsættelse af denne fejlvurdering yderligere skyldig i en teknisk-juridisk fejl ved ikke ved den prissætning af forbeholdet, som indklagede herefter var forpligtet til at foretage, og som indklagede foretog, at sikre sig, at der ved denne prissætning blev skabt den nødvendige sikkerhed for, at Hoffmann/Boskalis JV ikke ved at tage det pågældende forbehold opnåede en økonomisk fordel i forhold til klageren, som ikke havde taget dette forbehold. Disse omstændigheder indebærer, at indklagede har handlet ansvarspådragende over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Ad post 1

På grundlag af det materiale, der er forelagt Klagenævnet, herunder særligt udbudsbetingelserne, tilbudet fra Hoffmann/Boskalis JV, tilbudet fra klageren og klagerens opgørelse af sit beregnede dækningsbidrag, fastsætter Klagenævnet den erstatning for mistet dækningsbidrag, som tilkommer klageren, til 5 mio. kr.

Ad post 2

På baggrund af erstatningen fastsat under post 1 er der ikke grundlag for at give klageren erstatning vedrørende post 2.

Ad post 3 og 4

Da Klagenævnet ved de 2 kendelser fastsætter beløb til dækning af klagerens omkostninger ved klagesagens behandling, er der ikke grundlag for at give klageren en selvstændig erstatning vedrørende disse udgifter.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Amager Strandpark I/S, skal til klageren, Per Aarsleff A/S, betale 5.000.000 kr. med procesrente fra den 6. maj 2004.

Indklagedes skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 50.000 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.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig