

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Michael Jacobsen, Ole Bajda Nielsen)

J.nr.: 2007-0014193

9. januar 2008

K E N D E L S E

Thorup Gruppen A/S
(selv)

mod

Ringkøbing-Skjern Kommune
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Den 6. november 2006 afsagde Klagenævnet i en sag mellem de samme parter kendelse vedrørende et klagepunkt. Den 2. oktober 2007 indgav Thorup Gruppen A/S en ny klage mod indklagede Skjern Kommune – nu Ringkøbing-Skjern Kommune. Denne klage vedrører erstatningsspørgsmålet. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 3. januar 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 2

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 500.000 kr. med procesrente fra den 2. oktober 2007.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 500.000 kr. med procesrente fra den 2. oktober 2007.

Indklagede har nedlagt følgende påstande:

Principal: Afvisning.

Subsidiært: Frifindelse.

Klageren har over for indklagedes principale påstand gjort gældende, at sagen skal realitetsbehandles.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 2 således:

Den samlede projektøkonomi for opførelsen af Skjern Kulturcenter	37.000.000	kr.
Heraf vurderes Multihallen at andrage	25.000.000	kr.
Honorar for totalrådgivning for Multihallen udgør ca. 10% eller	2.500.000	kr.
Skitseandelen udgør ca. 20% af det samlede honorar eller	500.000	kr.

Indklagede har bestridt kravet størrelsesmæssigt.

Ved kendelsen af 6. november 2006 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Påstand 1

Indklagede, Skjern Kommune, har handlet i strid med § 11, stk. 5, i bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren ved at give en eller flere andre tilbudsgivere oplysning om, at tilbuddet fra Vagn Henriksen A/S angik opførelse af en hal, der kunne bruges både til træning og til sportsskampe med tilskuere m.m. (multihal).

Klagenævnet har tidligere behandlet en klage mod Skjern Kommune vedrørende den samme licitation indgivet af Hoffmann A/S. Klagenævnet afsagde i denne sag den 25. oktober 2005 kendelse om de påberåbte overtrædelser og fastslog bl.a. følgende:

»Påstand 9

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, Tilbudsbekendtgørelsens § 11, stk. 4, og det almindelige EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved i forbindelse med indklagedes forhandlinger med tilbudsgiverne at give Hansen & Larsen A/S oplysninger om klagerens tilbud, som ikke var gjort offentligt tilgængelige i henhold til Tilbudslovens § 7.«

Ved kendelse af 23. februar 2006 tog Klagenævnet stilling til erstatningsspørgsmålet og pålagde Skjern Kommune at betale erstatning til Hoffmann

A/S. Klagenævnets kendelser blev indbragt for domstolene, men parterne indgik forlig om et erstatningsbeløb.

Ad påstanden om afvisning:

Indklagede har gjort gældende, at det ligger uden for Klagenævnets kompetence at tage stilling til klagerens erstatningskrav, da klagerens erstatningskrav bygger på, at indklagede har handlet erstatningspådragende over for klageren ved under byggeriet uberettiget at gøre brug af klagerens løsningsforslag, og at kravet således er af ophavsretlig beskaffenhed.

Klageren har gjort gældende, at klagerens erstatningskrav bygger på den overtrædelse, som Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 6. november 2006, nemlig at indklagede ved sin videregivelse til andre tilbudsgivere af oplysninger om tilbudet fra Vagn Henriksen A/S, som klageren havde deltaget i udarbejdelsen af, har gjort brug af klagerens løsningsforslag, og at klagerens erstatningskrav er en direkte følge af denne handling og derfor ligger inden for Klagenævnets kompetence.

Ad erstatningsgrundlaget:

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den pågældende overtrædelse af Tilbudsbekendtgørelsen har handlet på en sådan måde, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke er erstatningsansvarlig over for klageren, da klageren ikke var tilbudsgiver under licitationen. Indklagede har i øvrigt bestridt, at indklagede ved opførelsen af Multihallen har gjort brug af klagerens løsningsmodel.

Ad erstatningskravet:

Klageren har gjort gældende, at indklagede ansvarspådragende adfærd har påført klageren et tab, derved at indklagede ulovligt ved opførelsen af Multihallen på grundlag af kontrakten med tilbudsgiveren Hansen & Larsen A/S har anvendt det løsningsforslag, som klageren havde udarbejdet til tilbudsgiveren Vagn Henriksen A/S, og som indgik i denne tilbudsgivers tilbud. Indklagede har herved påført klageren et tab, derved at klageren ikke

har fået betaling for anvendelsen af løsningsforlaget. Tabet kan som anført efter sædvanlige honorarberegningsmetoder opgøres til 500.000 kr.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har lidt noget tab som følge af den overtrædelse, der blev konstateret i kendelsen af 6. november 2006 (påstand 1), uanset at Klagenævnet i denne kendelse lagde til grund, at der er en klar formodning for, at tilbudsgiveren Hansen & Larsen A/S af indklagede var blevet gjort bekendt med tilbudsgiveren Vagn Henriksen A/S's projekt med hensyn til indretning af hal III. Dette skyldes, at Klagenævnet tidligere i kendelsen af 23. februar 2006 i sagen Hoffmann A/S mod Skjern Kommune fastslog følgende: »Allerede som følge heraf må det anses som sikkert, at indklagede ville have tildelt klageren (Hoffmann A/S) ordren, hvis indklagede ikke havde begået de overtrædelser, som Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 25. oktober 2005«. Det følger heraf, at Vagn Henriksen A/S ikke, selv om der ikke var sket en overtrædelse som fastslået i påstand 1, ville have fået tildelt ordren, og at klageren derfor ikke har lidt noget tab som følge af overtrædelsen konstateret i påstand 1.

Klagenævnet udtaler:

Ad spørgsmålet om afvisning:

Den overtrædelse af bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 § 11, stk. 5, som Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 6. november 2006 (påstand 1), indebærer, at indklagede er erstatningsansvarlig ikke alene over for tilbudsgiveren Vagn Henriksen A/S, men også over for klageren som underentreprenør for tilbudsgiveren Vagn Henriksen A/S.

Den omstændighed, at det var sikkert, at Hoffmann A/S ville have fået kontrakten, såfremt Skjern Kommune ikke havde begået de overtrædelser, som Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 25. oktober 2005, og at det således også er sikkert, at Vagn Henriksen A/S ikke ville have fået kontrakten, udelukker ikke, at klageren kan have et erstatningskrav mod indklagede, såfremt der er en årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende overtrædelse af Tilbudsbekendtgørelsen fastslået ved kendelsen af 6. november 2007 (påstand 1) og det tab, som klagerens erstatningskrav bygger på.

Hvis det tab, som klageren under denne sag begrundet sit erstatningskrav med, var en følge af den konstaterede ansvarspådragende overtrædelse (påstand 1), ville det ligge inden for Klagenævnets kompetence at tage stilling til erstatningskravet. Det tab, som klageren begrundet sit erstatningskrav med, er imidlertid ikke forårsaget af denne overtrædelse – uberettiget videregivelse af oplysninger – men er forårsaget af efterfølgende handlinger fra indklagedes side, herunder indklagedes indgåelse af kontrakten med Hansen & Larsen A/S om det projekt, der endte med at blive gennemført. Stillingtagen til et erstatningskrav, der således ikke bygger på ansvarspådragende adfærd i forbindelse med gennemførelsen af licitationen, men på ansvarspådragende adfærd i forbindelse med den efterfølgende indgåelse af kontrakt, henhører under de almindelige domstole.

Det erstatningskrav, som klageren under denne sag gør gældende mod indklagede, er således ikke omfattet af Klagenævnets kompetence, jf. lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for udbud § 6, stk. 3, jf. § 1, stk. 1, og Klagenævnet afviser derfor klagerens påstande.

Herefter bestemmes:

Påstand 2 og 3 afvises.

Indklagedes skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig