

K E N D E L S E

Pankas A/S
(advokat Simon Heising, København)

mod

Haderslev Kommune
(advokat Henrik Holtse, København)

Den 30. august 2018 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende sagens klagepunkter. Efter afsigelse af kendelsen har Pankas A/S (herefter Pankas) nedlagt påstand om erstatning. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Pankas har nedlagt følgende påstande:

Påstand 3

Haderslev Kommune tilpligtes til Pankas A/S at betale 1.622.551,85 kr. med procesrente fra 8. november 2018, subsidiært 709.449,78 kr. med procesrente fra den 8. november 2017 og mere subsidiært et af Klagenævnet for Udbud fastsat mindre beløb med procesrente fra den 8. november 2017.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Haderslev Kommune tilpligtes til Pankas A/S at betale 150.000,00 kr. med procesrente fra den 8. november 2017.

Pankas har opgjort sin principale påstand således (kun delvist gengivet):

Sideafledte indtægter på fabrikken

Areal	Tons asfalt	Sikkerhed bitumen	DB fabrik	Indtægt på fabrik	Opgørelse i alt
77.366	2.321	15	15	69.629,40	69.294,40

Samlet opgørelse

Entreprise	Areal	Maskinleje	Adm.-/ afdelingstillæg	Andel af hovedkontor	Opgørelse i alt
1	14.110	63.960,00	143.206,10	65.876,44	273.042,54
2	4.355	23.500,00	44.200,04	20.332,52	88.032,56
3	5.666	35.250,00	57.505,72	26.453,29	119.209,01
4	2.722	17.625,00	27.626,29	12.708,41	57.959,70
5+8	16.376	85.280,00	166.204,33	76.455,89	327.940,22
6	8.117	42.640,00	82.381,57	37.896,46	162.918,03
7	2.895	21.320,00	29.382,12	13.516,11	64.218,22
9	14.910	74.620,00	151.325,51	69.611,46	295.556,97
10	2.650	10.335,00	26.895,55	12.372,26	49.602,81
11	5.565	31.980,00	56.480,65	25.981,74	114.442,39
I alt	77.366	406.510,00	785.207,88	361.204,57	1.552.922,45
I alt dækningsbidrag				kr.	1.622.551,85

Haderslev Kommune har påstået frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb.

Baggrund

Ved kendelsen af 30. august 2018 konstaterede klagenævnet, at Haderslev Kommune under udbuddet har overtrådt udbudsloven således:

”Ad påstand 1

Haderslev Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 9, stk. 1, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise det alternative tilbud fra SR-Gruppen, uagtet at dette tilbud ikke overholdt det i udbudsbetingelsernes bilag 4, punkt 1.2, fastsatte mindstekrav om, at ”Der skal altid udlægges en asfaltlagtykkelse i kg/m² mindst svarende til forstærkningsbehovet, som er anført på tilbudslisten.

Ad påstand 2

Haderslev Kommunes beslutning af 25. september 2017 om at tildele den udbudte kontrakt til SR-Gruppen annulleres.”

Parternes synspunkter ad erstatningsgrundlaget

Pankas har navnlig gjort gældende, at Haderslev Kommune har handlet ansvarspådragende ved at antage det ukonditionsmæssige tilbud fra SR Gruppen, jf. klagenævnets kendelse af 30. august 2018. Både SR-Gruppens og Pankas alternative løsning med Remix opfyldte de generelle funktionskrav i AAB for Varmblandet asfalt, men det var ikke muligt ud fra disse krav at vurdere, om slidlagets tykkelse ved en tilbudt alternativ løsning mindst svarede til det udbudte forstærkningsbehov, jf. udbudsbetingelsernes bilag 4, punkt 1.2.

Pankas har bestridt, at selskabets alternative tilbud skulle være ukonditionsmæssigt, og at selskabet derfor skulle være afskåret fra at opnå erstatning. Pankas har herved nærmere anført, at selskabets tilbud opfyldte bygherrens mindstekrav, idet kravet i udbudsbetingelsernes punkt 8.3 sammenholdt med bilag 4 om, at tilbudsgiverne skulle levere de oplysninger, der var fornødne for Haderslev Kommunes vurdering af det alternative tilbud, ikke indebar, at alternative tilbud altid skulle vedlægges beskrivelser, der sandsynliggjorde, at det tilbudte alternativ havde samme eller bedre egenskaber end den udbudte Kombi-løsning. Tilbuddet fra Pankas var én til én med den udbudte Kombi-løsning i relation til det fastlagte mindstekrav i punkt. 1.2, og Pankas var derfor ikke omfattet af kravet i bilag 4 om, at tilbudsgiveren skulle sandsynliggøre, at den tilbudte alternative løsning havde samme egenskaber som den udbudte. Pankas havde desuagtet vedlagt sit tilbud en beskrivelse af det alternative tilbud, som fuldt ud opfyldte det krav, som Haderslev Kommune havde stillet i udbudsbetingelserne, punkt 8.3.

Haderslev Kommune har herefter bevisbyrden for, at Pankas ved en lovlige og korrekt evaluering ikke ville være blevet tildelt kontrakten. Pankas har afgivet det laveste konditionsmæssige tilbud, og kommunen har ikke løftet denne bevisbyrde.

Da det herefter må lægges til grund, at Pankas ville have fået kontrakten tildelt, har selskabet krav på erstatning opgjort som positiv opfyldelsesinteresse.

Pankas har under alle omstændigheder krav på at få dækket sit tab i anledning af forgæves afholdte udgifter til afgivelse af tilbud. Disse udgifter var

indregnet som en del af det samlede forventede dækningsbidrag, som Pankas gik glip af på grund af, at Haderslev Kommune handlede i strid med udbudsreglerne. Disse udgifter ville Pankas ikke have haft, hvis man på forhånd kendte til de senere overtrædelser, idet Pankas i så fald ikke ville have budt på opgaven.

Haderslev Kommune har navnlig anført, at klagenævnet i sin kendelse lagde til grund, at SR-Gruppens tilbud på en Remix-løsning ikke opfyldte kommunens mindstekrav, fordi der ikke var dokumentation for, at den alternative løsning havde samme eller bedre holdbarhed end den udbudte løsning. Kravet om dokumentation, jf. bygherrens mindstekrav punkt 2.4 i bilag 4 til udbudsbetingelserne, knyttede sig til situationer, hvor et tilbud ikke opfyldte de krav, der er angivet i AAB, punkt 2.2. Pankas har udtrykkeligt ikke bestridt, at SR-Gruppens tilbud opfyldte kravene efter AAB for Varmblandet asfalt punkt 2.2. Grundlaget for at annullere kommunens tildelingsbeslutning bygger derfor på en urigtig forudsætning, hvorfor der ikke er grundlag for Pankas' erstatningskrav.

Pankas har tidligere i klagesagen gjort gældende, at tilbuddet fra SR-Gruppen skulle have været anset for ukonditionsmæssigt, fordi en teoretisk beregning af den alternative løsnings levetid ved brug af en såkaldt MMOPP viste en markant kortere levetid. En tilsvarende beregning af Pankas' alternative løsning vil imidlertid vise samme resultat, og en anvendelse af modellen fører således til, at også Pankas' alternative tilbud var ukonditionsmæssigt. Hvis metoden ikke kan anvendes, har der ikke været grundlag for at anse SR-Gruppens alternative tilbud for ukonditionsmæssigt.

Der er under alle omstændigheder på grund af mangel på årsagsforbindelse intet grundlag for at kræve den positive opfyldelsesinteresse erstattet, fordi Haderslev Kommune var frit stillet til at afvise alternative tilbud. Af samme grund er der heller ikke grundlag for at erstatte forgæves afholdte omkostninger til udarbejdelse af tilbud.

Parternes synspunkter ad opgørelsen af kravet

Pankas har navnlig anført, at selskabets dokumentation giver et retvisende billede af det tab, der kræves erstattet. Pankas havde i 2017 et dækningsbidrag på 44,5 % og i perioden 2015 - 2017 et gennemsnitligt dækningsbidrag på 48 %. Disse dækningsgrader skal sammenholdes med det beregnede

dækningsbidrag, såfremt Pankas var blevet tildelt kontrakten, og som ligger til grund for Pankas' påstand. Påstanden bygger på kalkulationssatser for den konkrete type opgave, hvori er indregnet dækningsbidrag til fabrikken på afhentet asfalt. Den subsidiære påstand om betaling af 709.449,78 kr. bygger på en erkendelse af, at der kan være en risikofaktor og usikkerhed forbundet med beregning af den positive opfyldelsesinteresse, herunder at tabet i et vist omfang vil have hypotetisk karakter, da opgaven jo ikke skal udføres. Den subsidiære påstand bygger derfor på et dækningsbidrag på 22,5 %, svarende til halvdelen af det opgjorte dækningsbidrag.

Haderslev Kommune har navnlig gjort gældende, at Pankas ikke har sandsynliggjort størrelsen af det påståede tab. Pankas har fremlagt en opgørelse over dækningsgrad for Remix-afdelingen, men denne dokumenterer ikke kravet, da der alene er tale om en tabel med ikke-reviderede data. De er således ikke noget grundlag for at opgøre et tab i den størrelse, som Pankas har krævet erstattet. Det er Pankas' bevisbyrde at sandsynliggøre tabets størrelse, og denne bevisbyrde er ikke løftet.

Klagenævnet udtaler:

Som fastslået i klagenævnets kendelse af 30. august 2018 har Haderslev Kommune handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, samt tilbudslovens 9, stk. 1, ved at tildele kontrakten om asfaltarbejde i Haderslev Kommune til SR Gruppen, som ikke i forbindelse med tilbudsafgivelsen eller senere havde sandsynliggjort, at den tilbudte alternative Remix-løsning havde samme eller bedre holdbarhed end den Kombilag-løsning, der var udbudt. Denne løsning indebærer, at der altid skulle udlægges en asfalt-lagtykkelse i kg/m^2 mindst svarende til forstærkningsbehovet som anført på tilbudslisten.

Haderslev Kommune har herved handlet ansvarspådragende over for Pankas, der havde afgivet det næstlaveste tilbud.

Haderslev Kommune har imidlertid gjort gældende, at Pankas er afskåret fra at få erstatning, fordi virksomhedens tilbud også var ukonditionsmæssigt, idet heller ikke dette tilbud levede op til mindstekravet i licitationsbetingelsernes bilag 4 om at "sandsynliggøre, at det tilbudte alternativ har samme eller bedre holdbarhed". Pankas har i første række bestridt, at det

nævnte krav om sandsynliggørelse skulle finde anvendelse på virksomhedens tilbud.

I licitationsbetingelsernes bilag 4, pkt. 2.4 om ”Alternative slidlags- og bærelagsprodukter” var det fastsat, at ”[h]vis alternative tilbud ligger udenfor de generelle krav som angivet i AAB punkt 2.2 skal entreprenøren i sit tilbud/følgrebrev sandsynliggøre, at det tilbudte alternativ har samme eller bedre holdbarhed.” Henvisningen til de ”generelle krav” i AAB pkt. 2.2 kan, således som den nævnte bestemmelse er formuleret, ikke anses for et mindstekrav om, at der også skulle vedlægges en sandsynliggørelse i de tilfælde, hvor kravene i tilbudslisten til asfaltlagets tykkelse var opfyldt, blot fordi der ikke var tale om en såkaldt Kombi-løsning.

Pankas’ tilbud omfattede en Remix-løsning med en lagtykkelse på 110 kg/m² samt en beskrivelse af det tilbudte alternativ. Pankas’ alternative Remix-løsning havde således en asfalt-lagtykkelse, der svarede til det anførte i tilbudslisten. Pankas skulle derfor ubestridt kun opfylde kravet om til brug for vurderingen af den alternative Remix-løsning at levere ”samtlige af de til vurderingen af det alternative tilbud fornødne oplysninger, herunder beskrivelse af metoder og materialer,” jf. udbudsbetingelsernes punkt 8.3, stk. 4. Dette krav opfyldte Pankas, hvis tilbud derfor må anses for konditionsmæssigt.

Pankas havde herefter afgivet det laveste konditionsmæssige tilbud under licitationen, hvor tildelingskriteriet var laveste pris. Det påhviler herefter Haderslev Kommune at sandsynliggøre, at kommunen, såfremt den havde været opmærksom på, at tilbuddet fra SR-Gruppen var ukonditionsmæssigt, ville have annulleret udbuddet eller kunne og ville have valgt et andet tilbud. Haderslev Kommune har alene gjort gældende, at kommunen ikke var forpligtet til at antage Pankas’ alternative tilbud. Kommunen har således ikke gjort gældende eller sandsynliggjort, at udbuddet ville være blevet annulleret, hvis det havde været klart, at tilbuddet fra SR Gruppen ikke kunne antages. Kommunen har heller ikke gjort gældende eller sandsynliggjort, at kommunen faktisk ville have antaget et andet tilbud, såfremt det alternative tilbud fra Pankas, som herefter var det laveste, ikke skulle antages.

På denne baggrund tager klagenævnet påstanden om, at kommunen skal erstatte Pankas’ positive opfyldelsesinteresse, til følge.

Efter oplysningerne om kravets opgørelse og usikkerhederne mht. til muligheden for at realisere den beregnede fortjeneste, fastsættes beløbet skønsmæssigt til 600.000 kr.

Sagsomkostninger

Efter sagens udfald skal Haderslev Kommune betale yderligere omkostninger til Pankas, som fastsat nedenfor.

Herefter bestemmes:

Haderslev Kommune skal til Pankas A/S betale 600.000 kr. med procesrente fra den 8. november 2017.

Haderslev Kommune skal i yderligere sagsomkostninger til Pankas A/S betale 25.000 kr.

Haderslev Kommunes 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. 1.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent