

K E N D E L S E

MBG Entreprise A/S  
(selv)

mod

Københavns Kommune  
(selv)

Den 26. september 2019 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 2 og 3 i sagen. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af MBG Entreprise A/S' påstand 4 om erstatning, indtil klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

MBG Entreprise A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 4

Københavns Kommune tilpligtes at betale MBG Entreprise A/S 700.029,30 kr. eksklusiv moms med tillæg af procesrente af 628.132 kr. fra den 19. november 2018 og af yderligere 71.897,30 kr. fra den 20. november 2019.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Københavns Kommune tilpligtes at betale MBG Entreprise A/S 77.550 kr. eksklusiv moms med tillæg af procesrente fra den 19. november 2018.

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

MBG Entreprise har vedrørende påstand 4 opgjort sit krav således, idet virksomheden har henvist til sin tilbudsliste:

	Kalkulationspris	Dækningsgrad	Dækningsbidrag
1. Bygning 26, 27 og 20	4.881.868,50	8 %	390.384,50 kr.
2. Byggepladsindretning	1.284.490,00	8 %	102.759,00 kr.
3. Miljøsanering	226.629,00	10,29 %	23.315,00 kr.
4. Optioner opgjort efter kommunens oplysninger under klagesagen	1.315.972,60	8,39 %	110.437,90 kr.
Samlet beløb	7.708.960,10	8,13 %	<u>626.896,40 kr.</u>
Udførte ekstraarbejder		8,39 %	101.973,90 kr.
Omkostninger til garantistillelse			-28.841,00 kr.
<b>Det samlede erstatningskrav</b>			<b>700.029,30 kr.</b>

MBG Entreprise har opgjort sit krav i påstand 5 således:

”

SKOLEN PÅ STRANDBOULEVARDEN - BYGNING 26 - BILAG 28 5.11.2019						
Opgørelse af tilbudsomkostninger	Dato	[Navn]	[Navn]	[Navn]	[Navn]	
		Timer	Timer	Timer	Timer	<b>Sum</b>
Udbud Bygherre	21.09.2018	2	2			
Opretning Sigma / Bygge Web	24.09.2019	5	5			
UE-udbud	27.09.2018	8	8		4	
Besigtigelse	28.09.2018	4	4			
Besigtigelse UE	04.10.2018		2			
Besigtigelse UE	05.10.2018	2	2			
Rettelsesblad 01	04.10.2018	1,5	1,5			
Rettelsesblad 02	09.10.2018	1,5	1,5			
Rettelsesblad 03	12.10.2018	1,5	1,5			
Beregning byggeplads	17.10.2018		8			
Gennemgang af tilbud fra UE	22.10.2018	8	8			
Gennemgang af tilbud fra UE	23.10.2018	4	4			
Udfyldt tilbudsliste	23.10.2018	8				
Udfyldt tilbudsliste/ uploade Byggeweb /	24.10.2018	4		4		

Drøftelse med arkitekt						
Byggeleder/ beregner a 750,00 kr. excl. moms		49,5	47,5	4		75.750,00
Sekretær a 450,00 kr. excl. moms					4	1.800,00
<b>I alt excl. moms</b>						<b>77.550,00</b>

”

### Supplerende oplysninger

Som dokumentation for kravet opgjort som positiv opfyldelsesinteresse har MBG Entreprise fremlagt en revisorattesteret erklæring fra revisionsfirmaet Beierholm. Erklæringen indeholder bl.a. følgende om dækningsgrad og dækningsbidrag:

”

Hoved- og nøgletal	2018	2017	2016
...			
Dækningsbidrag, t.DKK	9.953	6.874	6.144
Dækningsgrad, %	13,9	5,9	8,9

”

MBG Entreprise har endvidere fremlagt en oversigt over tilbud afgivet af virksomheden i perioden 1. oktober 2018 – 16. august 2019 og en oversigt over virksomhedens omsætning, byggeleder- og kapacitetsomkostninger pr. måned i årene 2015-2019 (sagens bilag 29). Til at understøtte disse oplysninger har virksomheden vedlagt en revisorerklæring, som bl.a. indeholder følgende:

”Vi har udført de arbejdshandlinger vedrørende den konstaterede omsætning samt byggeleder- og kapacitetsomkostninger i MEG Entreprise A/S, som blev aftalt med Dem, og som er angivet nedenfor.

Den konstaterede omsætning samt byggeleder- og kapacitetsomkostninger udviser følgende jf. bilag 29 af 05.11.2019 til klageskrift:

	Omsætning t.DKK	Byggeleder- omkostninger t.DKK	Kapacitets- omkostninger t.DKK
01.11.2015 - 30.09.2016	121.365	1.748	4.534
01.11.2016 - 30.09.2017	81.052	2.014	4.820
01.11.2017 - 30.09.2018	87.242	2.301	5.192
01.11.2018 - 30.09.2019	35.824	2.517	6.102

...

#### Faktiske resultater

Ved kontrollen fandt vi,

- at omsætning ifølge årsregnskaberne for MBG Entreprise A/S for regnskabsårene 2015 til 2018, som er revideret af os, er i overensstemmelse med den omsætning, der er anført i bilag 29 af 05.11.2019 til klageskrift samt at fordeling på månederne er i overensstemmelse med bogføringen for MBG Entreprise A/S.
- at omsætning for MBG Entreprise A/S for perioden 01.01-30.09.2019, der er anført i bilag 29 af 05.11.2019 til klageskrift er i overensstemmelse med bogføringen for MBG Entreprise A/S for samme perioden.
- at byggelederomkostninger ifølge årsregnskaberne for MBG Entreprise A/S for regnskabsårene 2015 til 2018, som er revideret af os, er i overensstemmelse med de byggelederomkostninger, der er anført i bilag 29 af 05.11.2019 til klageskrift samt at fordeling på månederne er i overensstemmelse med bogføringen for MBG Entreprise A/S og tilhørende lønsedler.
- at byggelederomkostninger for MBG Entreprise A/S for perioden 01.01-30.09.2019, der er anført i bilag 29 af 05.11.2019 til klageskrift er i overensstemmelse med bogføringen for MBG Entreprise A/S for samme perioden og tilhørende lønsedler.
- at kapacitetsomkostninger ifølge årsregnskaberne for MBG Entreprise A/S for regnskabsårene 2015 til 2018, som er revideret af os, er i overensstemmelse med kapacitetsomkostninger, der er anført i bilag 29 af 05.11.2019 til klageskrift samt at fordeling på månederne er i overensstemmelse med bogføringen for MBG Entreprise A/S.
- at kapacitetsomkostninger for MBG Entreprise A/S for perioden 01.01-30.09.2019, der er anført i bilag 29 af 05.11.2019 til klageskrift er i overensstemmelse med bogføringen for MBG Entreprise A/S for samme perioden.

Da ovennævnte arbejdshandlinger hverken udgør en revision eller en gennemgang i overensstemmelse med internationale standarder om revision eller gennemgang og yderligere krav ifølge dansk revisorlovgivning,

udtrykker vi ingen grad af sikkerhed om omsætningen for den pågældende periode.”

#### Ad erstatningsgrundlaget

MBG Entreprise har ad påstand 4 om positiv opfyldelsesinteresse gjort gældende, at Københavns Kommune ved den konstaterede overtrædelse af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at kommunen efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for MBG Entreprise, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

MBG Entreprise har nærmere anført, at virksomheden ville have fået kontrakten tildelt, hvis overtrædelsen ikke var sket, idet virksomheden tilbød den laveste pris. Klagenævnet konkluderede i kendelsen af 26. september 2019 ikke, at uklarheden gjorde, at udbudsmaterialet ikke kunne danne grundlag for en lovlige tildeling. Der var da også tale om en uklarhed, som kunne og burde have været afhjulpnet af Københavns Kommune under udbudsprocessen, således som MBG Entreprise opfordrede kommunen til. Kommunen kunne og burde have konstateret, at tilbuddene ikke indeholdt de samme ydelser, og kunne inden for rammerne af udbuddet have rettet op herpå og gjort tilbuddene sammenlignelige enten ved at kassere Ason A/S' tilbud eller ved at kapitalisere Ason A/S' manglende ydelser. MBG Entreprise havde således i sit tilbudsbrev anført, på hvilke positioner i tilbudslisten virksomheden havde tillagt zinkarbejder i renoveringsalternativet. Det fremstod således ganske klart, hvilke poster det drejede sig om. Københavns Kommune foretog ikke denne afklaring og sammenlignede derved tilbud, der på grund af uklarheden indeholdt forskellige ydelser. Det er denne forsømmelse, klagenævnet karakteriserer som en overtrædelse af udbudsreglerne af en sådan væsentlighed, at tildelingsbeslutningen annulleres.

MBG Entreprise har endvidere bestridt, at kommunen ville have annulleret udbuddet.

Virksomheden har nærmere anført, at risikoen for endnu en klage ikke er et sagligt argument for at annullere udbuddet, og at det ikke er troværdigt, at hensynet til en eventuel klage var styrende for kommunens adfærd. Kommunen har tidligere truffet ny tildelingsbeslutning, hvorved kontrakten blev tildelt Ason A/S i stedet for MBG Entreprise. I den situation valgte Københavns

Kommune således ikke at annullere udbuddet, selvom kommunen vidste eller burde vide, at MBG Entreprise ville indgive klage til klagenævnet.

Kommunens anbringender om, at flere tilbudsgivere, som havde afgivet forholdsvis høje tilbud, formentligt ikke ville byde igen, og om, at et nyt udbud formentligt ville medføre skarpere priser fra flere tilbudsgivere, harmonerer ikke med anbringendet om, at et nyt udbud ville være bekendt for tilbudsgivere og deres underleverandører. Anbringendet forudsætter udbud til også nye tilbudsgivere. De anførte anbringender om annullation af udbuddet er således udtryk for kommunens efterrationalisering.

MBG Entreprise har ad påstand 5 om negativ kontraktinteresse gjort gældende, at virksomheden har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med de forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbuddet.

MBG Entreprise ville ikke have deltaget i udbuddet, hvis virksomheden på tidspunktet for afgivelsen af tilbud havde haft kendskab til kommunens senere overtrædelser. Udgifterne til tilbudsudarbejdelse har dermed været spildt som en direkte følge af kommunens overtrædelse af udbudsreglerne.

Københavns Kommune har ad påstand 4 om positiv opfyldelsesinteresse gjort gældende, at MBG Entreprises erstatningskrav forudsætter, at der er årsagsforbindelse mellem kommunens ansvarspådragende adfærd og MBG Entreprises tab.

Klagenævnet fandt ved kendelsen af 26. september 2019, at kommunens udbudsmateriale var uklart, at denne uklarhed havde væsentlig betydning for udbuddet, og at kommunen derfor havde begået en overtrædelse af bl.a. ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2. Udbuddet var således ulovligt, og der kunne ikke foretages en lovlig tildeling til MBG Entreprise.

Kommunen skulle have undersøgt MBG Entreprises oplysninger nærmere. Kommunen kunne have undersøgt udbudsmaterialet og konstateret, som klagenævnet gjorde i kendelsen, at dette var uklart. MBG Entreprise baserer dog sin principielle påstand på en konstatering af, at MBG Entreprises måde at forstå udbudsmaterialet på var ”den rigtige” koblet med en undersøgelse af tilbuddet fra Ason A/S. Der er imidlertid intet i klagenævnets kendelse, der peger i retning af, at MBG Entreprises måde at forstå udbudsmaterialet på

var ”den rigtige”. Udbudsmaterialet var uklart, og der var ikke en rigtig eller en forkert måde at forstå det på.

Der var endvidere intet i tilbuddet fra Ason A/S, der tydeliggjorde, om de pågældende zinkydelser var medtaget eller ej. Ason A/S har under klagesagen oplyst, at zinkydelserne ikke indgik i virksomhedens tilbud. Denne viden havde Københavns Kommune ikke, inden opgaven blev tildelt, og kommunen havde heller ingen realistiske muligheder for at fremskaffe den. Havde kommunen spurgt Ason A/S, om alle relevante ydelser var med, ville svaret på dette tidspunkt have været bekræftende.

Selv hvis Københavns Kommune lovligt kunne have tildelt kontrakten, ville kommunen have annulleret udbuddet, idet der ville være en åbenlys risiko for en klage ved at omgøre beslutningen igen. Et nyt udbud ville endvidere ikke kræve mange ressourcer fra tilbudsgiverne eller kommunen. Langt størstedelen af udbudsmaterialet ville således være uændret, hvorfor tilbudsgiverne og deres underleverandører allerede havde forståelse for det udbudte projekt. Udbuddet ville endvidere kunne gennemføres med meget korte tilbudsfrister, idet det ville være uproblematisk at indarbejde et nyt udbud med korte frister i udbudstidsplanen – om nødvendigt ved at fastsætte, at visse ydelser skulle udskydes til senere aflevering – og stadigvæk sikre aflevering inden skolestart i august 2019. Endelig ville et nyt udbud give mulighed for at fjerne uklarhed i udbudsmaterialet og sikre sammenlignelige bud og formentlig medføre endnu skarpere priser fra flere tilbudsgivere, mens de, hvis priser var forholdsvis høje, formentlig ikke ville byde igen.

Københavns Kommune har ad påstand 5 om negativ kontraktinteresse bestridt, at MBG Entreprise har lidt et tab svarende til omkostninger ved udarbejdelse af tilbuddet.

#### Ad erstatningskravets opgørelse

MBG Entreprise har vedrørende påstand 4 om positiv opfyldelsesinteresse gjort gældende, at virksomheden, hvis Københavns Kommune ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne, ville have fået kontrakten om det udbudte bygge- og anlægsarbejde, og at virksomheden derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Kravet er opgjort på baggrund af MBG Entreprises tilbudsliste under udbuddet suppleret med oplysning om kalkulationspriser, dækningsgrad og -bidrag og suppleret med optioner og udførte ekstraarbejder og fratrukket omkostninger ved garantistillelse. Som dokumentation for den estimerede dækningsgrad er fremsendt en revisorerklæring, hvoraf bl.a. fremgår oplysninger om virksomhedens dækningsgrad for årene 2016-2018.

Virksomheden har bestridt, at der skal ske fradrag i dækningsbidraget for risici ved uforudsete omkostninger. MBG Entreprisen afdækker altid sine risici ved uforudsete omkostninger ved udformningen af underentreprisekontrakter, der direkte følger hovedentreprisekontrakten. Tværtimod viser det sig sædvanligvis, at dækningsbidraget er forøget ved entreprisens opgørelse. Dette har også gjort sig gældende ved virksomhedens tidligere entrepriser på Skolen på Strandboulevarden, hvor entreprisesummen og dækningsbidraget blev forøget væsentligt.

MBG Entreprisen har gjort gældende, at virksomheden i den relevante periode har forsøgt at begrænse sit tab, idet virksomheden har søgt at opnå alternative entrepriser og har afgivet tilbud med en samlet tilbudssum på ca. 220 mio. kr. eksklusive moms.

Det er korrekt, at udgiften til aflønning af byggeledere har været stabil i den periode, som modsvarer den udbudte byggeperiode. Virksomheden ville imidlertid have haft ledige ressourcer til at gennemføre den omhandlede byggesag, ligesom det ikke ville have været nødvendigt at ansætte flere ressourcer til at håndtere sagerne. Omsætningen pr. byggelederkrone i den relevante periode for denne sag udgjorde 14.230 kr., hvorimod omsætningen pr. byggelederkrone i 2015/16 udgjorde 69.430 kr., i 2016/17 40.240 kr. og i 2017/18 37.910 kr. Den relevante byggelederbemanding kunne således håndtere mellem 2,6 til 4,8 gange så stor omsætning, jf. nedenstående skema. Tilsvarende kunne den relevante organisation, inkl. lønninger, kontorhold og forsikring, håndtere mellem 2,8 til 4,5 gange så stor omsætning:

	nov-sept 2015-16	nov-sept 2016-17	nov-sept 2017-18	nov-sept 2018-19
Omsætning, tkr.	121.365	81.052	87.242	35.824
Løn byggeledere, tkr.	1.748	2.014	2.301	2.517
<b>Omsætning pr. byggelederkrone, tkr.</b>	<b>69,43</b>	<b>40,24</b>	<b>37,91</b>	<b>14,23</b>



	nov-sept 2015-16	nov-sept 2016-17	nov-sept 2017-18	nov-sept 2018-19
Omsætning	121.365	81.052	87.242	35.824
Kapacitetsomkostninger	4.534	4.820	5.192	6.102
<b>Omsætning pr. kapacitetskroner</b>	<b>26,77</b>	<b>16,82</b>	<b>16,80</b>	<b>5,87</b>

MBG Entreprisen havde derfor rigelig kapacitet til at håndtere denne opgave uden at tilføre flere ressourcer.

MBG Entreprisen har vedrørende påstand 5 om negativ kontraktinteresse gjort gældende, at virksomheden har krav på at få dækket sit tab ved forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden under udbuddet afgav tilbud, og dermed krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse.

Københavns Kommune har vedrørende påstand 4 om positiv opfyldelsesinteresse bestridt, at MBG Entreprisen har dokumenteret et tab.

Kommunen har nærmere anført, at tabsopgørelsen er baseret på, at MBG Entreprisen havde regnet med en dækningsgrad på mellem 8 og 10 % på det udbudte arbejde. MBG Entreprisen har tidligere oplyst at have regnet med en højere dækningsgrad og har fremført bevis herfor. Det må derfor anses for usikkert, hvilken dækningsgrad MBG Entreprisen faktisk regnede med, da virksomheden afgav tilbud. Uanset hvilken dækningsgrad virksomheden faktisk havde regnet med, svarer det dermed beregnede beløb ikke til MBG Entreprisen mistede fortjeneste, idet dækningsbidraget blot er udtryk for virksomhedens forventede overskud, hvis ”alt går godt”. I en typisk byggesag kan der forventes at opstå uforudsete forhold, ligesom forudsete risici nogle gange realiseres. Det er derfor overvejende sandsynligt, at den realiserede fortjeneste ville have været væsentligt lavere end det forventede dækningsbidrag. MBG Entreprisen har fremlagt bevis for sin opnåede dækningsgrad i henholdsvis 2016, 2017 og 2018. Resultaterne varierer betydeligt fra 5,9 % i 2017 til 13,9 % i 2018, men siger intet om, hvilken dækningsgrad virksomheden sædvanligvis anvender i den enkelte entreprisekontrakt, eller hvorvidt denne dækningsgrad sædvanligvis opnås. Den betydelige variation antyder, at der må være byggesager, hvor MBG Entreprisen ikke opnår den forventede dækningsgrad, da det er svært at tro, at virksomheden har valgt at operere med så forskellige dækningsgrader fra år til år.

MBG Entreprise havde desuden en tabsbegrænsningspligt. Virksomheden har efter sagens oplysninger afgivet 53 tilbud og vundet 23 kontrakter. Ifølge virksomhedens hjemmeside er der 8 ansatte, hvoraf tre er byggeledere på fuldtid og to andre er byggeledere i det omfang, at de ikke beskæftiger sig med tilbudsberedning. Sagens bilag viser, at MBG Entreprises udgift til aflønning af byggeledere har været stabil i den periode, som efter virksomhedens opfattelse er relevant. Med det antal kontrakter og mængden af tilbudsarbejder er det sandsynligt, at MBG Entreprise ikke ville have haft ledige ressourcer i den pågældende periode. Det vil sige, at *enten* har MBG Entreprise skaffet andre kontrakter, der har erstattet den indtjening, som virksomheden mener, at den ville have haft fra denne opgave – *eller* virksomheden ville have ansat flere ressourcer til at håndtere sagerne, hvilket vil sige, at højere omkostninger til f.eks. lønninger, kontorhold og forsikring ville have medført en lavere indtjening på sagen, hvorfor tabet er mindre end anført.

Endvidere er MBG Entreprises beregninger for henholdsvis omsætning pr. byggelederkrone og omsætning pr. kapacitetskrone baseret på forkerte tal for december i opgørelsen af løn for 2015/2016 og fejlagtige forudsætninger. Derudover forholder beregningerne sig ikke til antallet af udførte opgaver inden for en angiven tidsperiode, idet det alt andet lige må kræve flere ressourcer at gennemføre flere mindre opgaver end få store opgaver.

Københavns Kommune har vedrørende påstand 5 om negativ kontraktinteresse bestridt, at MBG Entreprise har dokumenteret et tab, herunder et tab af den pågældende størrelse. Kommunen har gjort gældende, at MBG Entreprises opgørelse af timeforbruget er udtryk for et estimeret forbrug og virker tilfældig, overdrevet og udokumenteret.

Kommunen har nærmere anført, at kravet indeholder løn til medarbejdere, som skulle aflønnes, uanset om de arbejdede på denne sag, en anden sag eller intet foretog sig. MBG Entreprise har derfor ikke lidt et tab, blot fordi virksomheden forgæves bød på en kontrakt.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

I kendelsen af 26. september 2019 udtalte klagenævnet bl.a.:

## ”Ad påstand 2

### *Optioner i licitationsmaterialet*

...

Det må herefter lægges til grund, at de tilbudte priser på optioner skulle indgå fuldt ud i konkurrencen efter tildelingskriteriet laveste pris, og at forskelle på de tilbudte priser for optionerne ligesom andre forskelle i de tilbudte delpriser ville få betydning for den samlede tilbudte pris og dermed for tilbudsevalueringen.

I den tekst i tilbudslisten, der angår optionen på renovering af kvistvinduer (kaldet option 2) omfattende pkt. 20, 21 og 22, pkt. 23, 24 og 25 og pkt. 26, 27 og 28 er beskrevet, at vinduer skal afrenses, slibes, spartles, grundes og males, at der skal foretages kitning, monteres ny fortsatsramme, isættes rustfrie skruer og monteres nye tætningslister. Derimod indeholder teksten ingen beskrivelse af zinkarbejder.

Sagens bilag 17 indeholder en tegning af tagkonstruktion og kviste, og herudover indeholder bilaget tekstafsnit om zinkbeklædning, men det er ikke nærmere specificeret, hvilke optioner zinkarbejdet angår. Sagens bilag 17 er en del af det licitationsmateriale, som parterne har fremlagt for klagenævnet.

På denne baggrund var licitationsmaterialet uklart formuleret i relation til option 2.

### *Forløbet under licitationen og tilbudsevalueringen*

Der er for klagenævnet fremlagt oplysninger om delpriserne i de afgivne tilbud for så vidt angår de nævnte punkter under option 2. Heraf fremgår, at de tilbudte delpriser for pkt. 20, 23 og 26 varierede betydeligt.

MBG Entreprise A/S henvendte sig i forbindelse med licitationen til Københavns Kommune med spørgsmål i anledning af uklarheden i licitationsmaterialet. Virksomheden gjorde også i sit tilbuds-brev udtrykkeligt opmærksom på, at der i virksomhedens tilbudte pris på option 2 indgik pris på zinkinddækning af kviste, hvilket heller ikke er bestridt under denne sag. Umiddelbart efter tildelingsbeslutningen af 1. november 2018 henvendte MBG Entreprise A/S sig på ny til kommunen og henledte igen kommunens opmærksomhed på problemstillingen.

Tilbuddet fra Ason A/S' underleverandør af zinkarbejder ses ikke at indeholde priser på zinkinddækning vedrørende option 2. Efter indholdet af kommunens spørgsmål til Ason A/S, virksomhedens svar af 3. april 2019 og oplysningerne i kommunens brev af 5. april 2019 til klagenævnet

lægges det til grund, at Ason A/S' tilbud alene indeholdt pris på zinkarbejder ved udskiftningsalternativet (option 1) og således ikke pris på zinkinddækning ved renoveringsalternativet (option 2).

Selvom det efter forløbet af licitationen, herunder MBG Entreprise A/S' henvendelser til kommunen, var nærliggende for kommunen at antage, at tilbuddene kunne indeholde væsentligt forskellige poster under visse af optionerne, undlod kommunen at undersøge forholdet nærmere, men gennemførte tilbudsevalueringen på grundlag af de indkomne tilbud.

Klagenævnet tager på denne baggrund påstand 2 til følge.

Klagenævnet finder efter det anførte om priserne og delpriserne i de modtagne tilbud, at det må lægges til grund, at uklarheden i licitationsmaterialet har haft væsentlig betydning.

Klagenævnet tager derfor også annullationspåstanden til følge.”

I kendelsen konkluderede klagenævnet bl.a., at Københavns Kommune havde ”handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 2 ved at sammenligne MBG Entreprise A/S' tilbud inklusive pris på zinkbeklædning både ved udskiftningsalternativet af kviste og ved renoveringsalternativet af kviste med Ason A/S' tilbud, som kun indeholdt pris på zinkbeklædning ved udskiftningsalternativet”.

Som det fremgår, har klagenævnet ikke i kendelsen udtalt, at licitationen ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Klagenævnet har udtalt, at licitationsmaterialet var uklart i relation til option 2, og at uklarheden har haft væsentlig betydning. Klagenævnet annullerede tildelingsbeslutningen, men ikke licitationen.

Efter det, der foreligger, herunder kommunens mail af 5. april 2019 med svar på klagenævnets spørgsmål (kendelsen af 26. september 2019, side 9-11), havde kommunen ikke ønske om eller til hensigt at indhente tilbud med delpriser på zinkinddækning for option 2. Kommunen fik som nævnt forud for tilbudsafgivningen en relevant henvendelse fra MBG Entreprise A/S om uklarheden i udbudsmaterialet vedrørende dette forhold. På trods heraf tog kommunen ikke skridt til at fjerne uklarheden.

På grund af uklarheden kom tilbuddene fra henholdsvis MBG Entreprise A/S og Ason A/S hver især til at hvile på forskellige forudsætninger med hensyn

til, hvilke arbejder der skulle afgives tilbud på, og som ligeledes anført varierende de tilbudte delpriser for netop pkt. 20, 23 og 26 betydeligt. Når bortses fra de nævnte delpriser på zinkinddækning – som kommunen ikke havde ønske om, men som på grund af uklarheden og dermed kommunens forhold var indeholdt i tilbuddet fra MBG Entreprise A/S – var det reelt MBG Entreprise A/S og ikke Ason A/S, der havde afgivet tilbuddet med den laveste pris. Uanset dette endte forløbet med, at kommunen tildelte kontrakten til Ason A/S og ikke MBG Entreprise A/S.

Det tilføjes, at kommunen ikke var forpligtet til at annullere licitationen, men kunne have fjernet uklarheden ved blot at udsende et sædvanligt rettelsesblad med præcisering af, at option 2 ikke omfattede zinkarbejde. Kommunen burde efter omstændighederne og i lyset af hensynene til gennemsigtighed og ligebehandling have præciseret licitationsmaterialet for dermed at undgå forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne, jf. tilbudslovens § 2, stk. 3. Derimod er det ikke sandsynliggjort, at kommunen ville have annulleret licitationen med henblik på at iværksætte en ny licitation, selvom også en sådan fremgangsmåde kunne have fjernet uklarheden. Det er i denne sammenhæng kommunens bevisbyrde at sandsynliggøre, at den som et videregående skridt ville have annulleret licitationen med forøgede transaktionsomkostninger og forøget tidsforbrug til følge. Klagenævnet finder ikke, at denne bevisbyrde er løftet.

Det er på denne baggrund bevist, at Københavns Kommune har handlet ansvarspådragende, og at betingelserne om årsagsforbindelse og for et erstatningskrav opgjort som MBG Entreprise A/S' positive opfyldelsesinteresse er opfyldt.

#### Ad erstatningskravet:

MBG Entreprise A/S' opgørelse over størrelsen af tabet indeholder usikkerhedsmomenter, herunder med hensyn til dækningsgradens størrelse og med hensyn til risici. Erstatningens størrelse fastsættes derfor med udgangspunkt i den tilbudte entreprisesum og de foreliggende aftalesedler skønsmæssigt til 650.000 kr.

Efter sagens udfald og forløb pålægger klagenævnet Københavns Kommune at betale 25.000 kr. til MBG Entreprise A/S i sagsomkostninger, idet virksomheden har haft udgifter til advokatbistand i tilknytning til denne del af sagen.

Herefter bestemmes:

Københavns Kommune skal til MBG Entreprise A/S betale 650.000 kr. med procesrente af 628.132 kr. fra den 19. november 2018 og af 21.868 kr. fra den 20. november 2019.

Københavns Kommune skal i sagsomkostninger til MBG Entreprise A/S betale 25.000 kr.

Beløbene skal betales inden 8 uger efter, at denne afgørelse er meddelt parterne.

Københavns Kommunes indbringelse af denne kendelse for domstolene inden for søgsmålsfristen på 8 uger, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 1, har opsættende virkning.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell  
specialkonsulent