



D O M

afsagt den 14. marts 2000 af Vestre Landsrets 2. afdeling  
(landsdommerne Bjerg Hansen, Vogter og Jens Peter Christensen  
(kst.)) i 1. instanssag B-2766-96

IBF Nord A/S

og

Frejlev Cementstøberi A/S

(advokat Hanne Hartoft, Ikast)

mod

Aalborg Kommune

(advokat Kristian Højgaard Madsen, Aalborg)

Under denne sag, der er anlagt den 18. december 1996, har sagsøgerne, IBF Nord A/S og Frejlev Cementstøberi A/S, nedlagt påstand om, at sagsøgte, Aalborg Kommune, skal betale sagsøgerne 1.100.000 kr. med procesrente af 501.000 kr. fra sagens anlæg til den 24. marts 1998, af 1.000.000 kr. fra den 24. marts 1998 til den 10. juli 1999 og af 1.100.000 kr. fra den 10. juli 1999. Subsidiært har sagsøgerne nedlagt påstand om betaling af et mindre beløb.

Sagsøgte har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært om betaling af et mindre beløb end det påstævnte.

Sagsøgerne har til støtte for deres påstande gjort gældende, at de har krav på erstatning for tabt fortjeneste som følge af, at sagsøgte har handlet i strid med reglerne om offentligt udbud ved at tage et tilbud fra Brønderslev Cementstøberi A/S i betragtning, selv om tilbuddet ikke var modtaget rettidigt.

Sagsøgte har til støtte for påstanden om frifindelse gjort gældende, at sagsøgte var berettiget til at antage tilbuddet fra Brønderslev Cementstøberi A/S, samt at sagsøgerne i øvrigt

ikke har lidt noget tab som følge af det passerede, idet sagsøgte i det konkrete tilfælde var berettiget til at annullere udbuddet. Til støtte for den subsidiære påstand har sagsøgte gjort gældende, at tabet under alle omstændigheder må opgøres til et mindre beløb end påstået af sagsøgerne.

Spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgte har handlet i strid med reglerne om offentligt udbud er blevet behandlet af Klagenævnet for Udbud, der afsagde kendelse den 21. februar 1996. Kendelsen lyder således:

".....

Den 24. januar 1995 udbød Aalborg Kommune som offentligt udbud efter direktiv 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb et indkøb af fliser/belægningssten og IG/EURO-rør. Udbyderen var i udbudsbekendtgørelsen angivet således:

>>Aalborg Kommune, Lager- og indkøbskontoret  
Hjulgagervej 24, Postboks 463, 9100 Aalborg<<.

Udbudsbekendtgørelsen indeholdt følgende oplysninger, jfr. direktivets bilag IV, B, 6.a. samt 6.b. og 7.a. og 7.b.:

6.a. Sidste frist for modtagelse af bud:

>>20. marts 1995 kl. 12:00<<

b. Den adresse, hvortil der skal sendes:

>>Aalborg kommune, Journalen,  
Boulevarden 13, Postboks 462,  
9100 Aalborg<<

7.a. De personer, der har adgang til at overvære åbningen af buddene:

>>Tilbudsåbningen kan overværes af de bydende.<<

b. Dato, klokkeslæt og sted for denne åbning:

>>Mandag den 20. marts 1995 kl. 12:00,  
Boulevarden 13, Aalborg.<<

Kommunen modtog anmodning om at få tilsendt udbudsmateriale fra følgende:

IBF Nord A/S, Nørresundby  
Brønderslev Cementfabrik A/S, Brønderslev  
Unicon Beton A/S, Middelfart.

Kommunen fremsendte udbudsmaterialet til de 3 virksomheder og vedlagde ved fremsendelsen af tilbud en rød A 4-kuvert med angivelsen af adressaten således:  
>>Tilbud<< og >>Må ikke åbnes<< påtrykt.

Den 14. marts 1995 skrev kommunen således til de 3 virksomheder, der havde rekvireret udbudsmaterialet:

>>Vedr.: Tilbudsåbning betonvarer.

21. Åbning af tilbud:

>>Åbningen af indkomne tilbud vil kunne overværes af de bydende og foregår mandag den 20. marts 1995 kl. 12:00, Boulevarden 13, Aalborg.<<

På grund af ombygning på Boulevarden 13 er vi desværre nødt til at flytte tilbudsåbningen til Lager- og Indkøbskontoret, Hjulmagervej 24, 1. sal, kl. 12:15. Ønskes tilbudet afleveret personligt kan dette ske i umiddelbar tilknytning til tilbudsåbningen.<<

Den 20. marts 1995 kl. 12.00 indfandt ekspeditionssekretær [redacted] **Vidne 1** fra kommunens Lager- og Indkøbskontor sig i Journalen, Boulevarden 13, Aalborg, for at få udleveret de tilbud, der var modtaget. Han fik udleveret ét tilbud, som var fremsendt i den foreskrevne røde kuvert, og fortsatte straks til Lager- og Indkøbskontoret, Hjulmagervej 24, 1. sal, hvor tilbudsåbningen skulle finde sted. Til tilbudsåbningen var mødt direktør Jens Mortensen, IBF Nord A/S, og direktør Jens Erik Mølgaard, Frejlev Cementstøberi A/S, der ved mødets start afleverede et fælles tilbud fra de to selskaber. Der var ikke mødt andre tilbudsgivere. For kommunen deltog ekspeditionssekretær [redacted] **Vidne 1** samt konsulent Jan Andersen og Finn Køhler. Det blev konstateret, at kommunen havde modtaget 2 tilbud, nemlig dels det tilbud, som direktør Jens Mortensen og direktør Jens Erik Mølgaard havde afleveret for IBF Nord A/S og Frejlev Cementstøberi A/S, dels et tilbud fra Unicon Beton A/S, som havde ligget i den kuvert, som ekspeditionssekretær [redacted] **Vidne 1** havde hentet i Journalen.

Den 21. marts 1995 kl. 8.00-8.30 blev ekspeditionssekretær [redacted] **Vidne 1** ringet op af fuldmægtig Kirsten Hansen, Journalen, Boulevarden 13, Aalborg, som oplyste, at der var modtaget yderligere et tilbud vedrørende udbuddet. Kort efter modtog ekspeditionssekretær [redacted] **Vidne 1** på Lager- og Indkøbskontoret dette tilbud, som viste sig at komme fra Brønderslev Cementfabrik A/S. Ekspeditionssekretær [redacted] **Vidne 1** kontaktede samme dag telefonisk direktør Ole Schönning, Brønderslev Cementfabrik A/S, og fik - uden at tilkendegive noget over for ham om tilbudets modtagelse - oplyst, at kuverten med tilbuddet af direktør Ole Schönning personligt lørdag den 18.

marts 1995 ved middagstid var lagt i postkassen ved Aalborg Hovedpostkontor, Postmestervej 1, 9000 Aalborg. Kommunen rettede endvidere samme dag telefonisk henvendelse til Aalborg Postkreds, der i en skrivelse af 24. marts 1995 adresseret til >>Aalborg Kommunens Budservice<< besvarede henvendelsen således:

>>Iflg. telefonisk oplysning fra Aalborg Kommunens Budservice skulle Brønderslev Cementstøberi angiveligt den 18 ds. have afgivet en brevforsendelse til postbesørgelse, ved at nedlægge den i postkassen ved Aalborg Postkontor, Postmestervej 1.

Forsendelsen der efter det oplyste var adresseret til Aalborg Kommune, Magistratens 1. afdeling, postboks 462, 9100 Aalborg, bør efter det oplyste være opsorteret i nævnte postboks senest mandag morgen den 20 ds. så betids, at den forelå til afhentning samme dag.

Det skal tilføjes, at postkontoret med nærværende erklæring ikke har bekræftet, at forsendelsen forelå til postbesørgelse som oplyst, men blot peget på, hvordan postbehandlingen vil være foregået, forsåvidt de givne oplysninger er korrekte.<<

Den 24. marts 1995 besluttede Lager- og Indkøbskontoret, at tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S skulle anses for rettidigt modtaget. Dette meddelte ekspeditionssekretær [redacted] Vidne 1 telefonisk direktør Jens Mortensen og direktør Jens Erik Møller, der samtidig blev orienteret om, at åbning af tilbuddet fra Brønderslev Cementstøberi A/S ville ske på et senere tidspunkt samme dag. Åbningen af tilbuddet senere samme dag blev overvåret af direktør Jens Mortensen, og fra kommunen deltog ekspeditionssekretær [redacted] Vidne 1 og konsulent Jan Andersen.

Den 21. april 1995 besluttede kommunen at antage det tilbud, som var modtaget fra Brønderslev Cementstøberi A/S.

Den 16. maj 1995 indgav IBF Nord A/S klage over kommunen til Klagenævnet for Udbud. Sagen har været behandlet på et møde i Klagenævnet den 24. januar 1996, hvor Frejlev Cementstøberi A/S indtrådte som klager sammen med IBF Nord A/S.

Klagerne har nedlagt påstand om, at Klagenævnet skal fastslå, at Aalborg Kommune under udbuddet har

handlet i strid med indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, sammenholdt med bilag IV, B, 6.a. og 7.b. ved at tage tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S i betragtning, uagtet tilbuddet ikke var modtaget rettidigt.

Indklagede, Aalborg Kommune, har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Det er under Klagenævnets behandling af sagen oplyst, at fuldmægtig Kirsten Hansen, der efter det oplyste var den person, der den 21. marts 1995 først blev opmærksom på, at der var modtaget yderligere et tilbud, ikke husker de nærmere omstændigheder vedrørende fremkomsten af dette tilbud. Den røde kuvert, som tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S blev fremsendt i, indeholder et modtagelsesstempel fra Magistratens 1, afdeling med datoen 21. marts 1995 og et modtagelsesstempel fra Lager- og Indkøbsafdelingen med datoen 22. marts 1995. Kuverten har et stempel fra postvæsenet over frimærkerne, men dette stempel er anbragt således på kuverten, at der ikke er nogen dato for afstemplingen på kuverten.

Klagerne har til støtte for deres påstand gjort gældende, at tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S ikke var rettidigt modtaget, og at kommunen derfor har tilsidesat indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, jfr. bilag IV, B, 6.a. og 7.b., ved at tage tilbuddet i betragtning under udbuddet. Kommunen har undladt at iværksætte en procedure, som sikrer, at alle tilbud, der var modtaget i kommunen, var til stede ved den annoncerede tilbudsåbning, og kommunens løsning af de problemer, der opstod som følge heraf, er i strid med direktivet.

Indklagede har til støtte for sin påstand gjort gældende, at kommunen ikke har tilsidesat de anførte regler, idet tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S var modtaget rettidigt af kommunen. Det er ikke en betingelse for, at et tilbud kan anses for rettidigt, at det er til stede ved tilbudsåbningen. Blot det efterfølgende med sikkerhed eller dog med stor sandsynlighed kan konstateres, at tilbuddet på det relevante tidspunkt var kommet frem til kommunen, må tilbuddet anses for rettidigt. På grundlag af de undersøgelser, som kommunen efterfølgende iværksatte, kunne det med stor sandsynlighed konstateres, at tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S var modtaget af kommunen på det relevante tidspunkt, og kommunen var derfor såvel berettiget som forpligtet til at tage dette tilbud i betragtning.

Der har mellem parterne været enighed om, at ændringen af stedet for åbningen af tilbuddene og ændringen af tidspunktet herfor fra kl. 12.00 til kl. 12.15 er uden betydning for Klagenævnets afgørelse i denne sag.

Klagenævnet udtaler:

Under hensyn til formålet med, at der i indkøbsdirektivet er fastsat regler om, at det ved offentligt udbud efter dette direktiv i udbudsbekendtgørelsen skal oplyses, hvornår sidste frist for modtagelse af tilbud er, samt hvor og hvornår åbningen af tilbud finder sted, må reglerne forstås således, at kun tilbud, som er tilstede på det sted, hvor åbningen skal finde sted, på det tidspunkt, hvor åbningen skal påbegyndes, kan anses for rettidigt modtaget af udbyderen. Da tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S ikke var tilstede i det lokale på Lager- og Indkøbskontoret, hvor åbningen af tilbud skulle finde sted, da åbningen blev påbegyndt, var kommunen uberettiget til at tage dette tilbud i betragtning. Klagenævnet træffer derfor afgørelse i overensstemmelse med klagernes påstand.

Herefter bestemmes:

Aalborg Kommune handlede i strid med direktiv 93/36/EØF artikel 9, stk. 4, sammenholdt med bilag IV, B, 6.a. og 7.b. ved under det offentlige udbud at anse tilbuddet fra Brønderslev Cementfabrik A/S for rettidigt indgivet.

Aalborg Kommune betaler inden 14 dage fra modtagelsen af kendelsen i sagsomkostninger 10.000 kr. til IBF Nord A/S og Frejlev Cementstøberi A/S."

Af udbudsmaterialet vedrørende betonvarer til sagsøgte fremgår bl.a. følgende:

"1. LEVERANCE:

Leverancens omfang vil være afhængig af de kommunale budgetter.

Leverancen af IG/EURO-produkter vil kunne variere 100%.

Forventet leverance i kontraktperioden:

Fliser/belægningssten ca. 2.000.000 kr excl. moms  
IG/EURO-rør ca. 500.000 kr excl. moms

.....

## 2. TILBUD OG AFREGNINGSGRUNDLAG:

Tilbudet skal afgives som fast pris og fast tid, og skal afgives på de af Drifts- og anlægsforvaltningen udformede tilbudslistes i udfyldt og underskrevet stand. For at tilbudet kan komme i betragtning skal alle positioner være udfyldt.

.....

## 3. PRISREGULERING:

Priserne er faste frem til 31. marts 1996, dog med forbehold for udgiftsførølgelse forårsaget af pålæg fra staten, og ekstraordinære prisstigninger, jvf. Byggestyrelsens cirkulære af 11. november 1981 om pris og tid, §7 og §8.

Fra 1. april 1996 reguleres priserne i overensstemmelse med Byggestyrelsens anvisning af 21. september 1981 om indeksregulering af entreprisesummer vedrørende byggearbejder.

.....

## 11. ÅRSBONUS:

Der skal ydes en årsbonus på 2% af omsætningen, beløbet udbetales til Aalborg kommune, Lager- og indkøbskontoret to gange årligt, nemlig pr. 30. juni og 31. december .

## 12. AFTALEPERIODE:

1. april 1995 - 31. marts 1997.

Aftaleperioden kan evt. forlænges med yderligere et år.

.....

## 18. TILDELING AF ORDRE:

Leverandørudvælgelsen er baseret på det økonomisk mest fordelagtige tilbud med hensyn til pris, kvalitet, service, leveringssikkerhed. Prioriterede faktorer.

....."

Der har under domsforhandlingen været enighed mellem parterne om, at tilbuddet fra Unicon Beton A/S ikke opfyldte betingel-

serne i udbudsbekendtgørelsen, og at sagsøgernes tilbud opfyldte betingelserne.

Ved skrivelse af 21. april 1995 meddelte sagsøgte sagsøgerne, at man havde antaget tilbuddet fra Brønderslev Cementstøberi A/S. Skrivelsen er sålydende:

".....

Efter gennemgang og vurdering af de enkelte tilbud i henhold til udbudsmaterialets prioriterede faktorer, pris, kvalitet, service og leveringssikkerhed, skal vi herved meddele, at vi har modtaget tilbud, som økonomisk er mere fordelagtig for Aalborg kommune. Vi har derfor indgået en to-årig leveringsaftale med:

Brønderslev Cementstøberi A/S .....

Der har under sagen været afholdt syn og skøn. Af en syns- og skønserklæring af 12. juni 1999, der er udarbejdet af statsaut. revisor Flemming Petersen, Odense, fremgår bl.a. følgende:

"1 Skønstema og udtalelse

.....

1002 Parterne er nået til enighed om følgende spørgsmål:

1. Syn- og skønsmanden anmodes om på baggrund af relevante oplysninger at oplyse, hvilken fortjeneste IBF Nord A/S og Frejlev Cementstøberi A/S kunne påregne ved leverance af de i bilag 1 angivne varer.
2. På baggrund af relevante oplysninger anmodes den sagkyndige om at oplyse, hvilket sparet vareforbrug, sparede arbejdslønninger og andel af indirekte produktionsomkostninger og administrationsomkostninger, som sagsøgerne kunne påregne.

1003 Vi har afholdt møde med parternes advokater med henblik på uddybning af spørgetemaet for at sikre en fælles forståelse heraf. Der er enighed om, at fortjenesten skal defineres som resultat af ordinær drift. Definitionen af fortjeneste gør egentlig

spørgsmål 2 overflødigt, idet elementerne i dette spørgsmål fragår i opgørelsen af fortjeneste efter spørgsmål 1.

....

1006 Med udgangspunkt i det udleverede materiale og besøg hos virksomhederne har vi foretaget et skøn over mistet fortjeneste, herunder den mistede omsætning, gennemgået og vurderet de af virksomhederne anvendte kostpriser, vurderet andel af IPO, afskrivninger samt administrationsomkostninger....

1007 Det er vort skøn, at de tilbudsgivende parter IBF Nord A/S og Frejlev Cementstøberi A/S ved ikke at have opnået ordren med Aalborg Kommune tilsammen har mistet mellem DKK 1.300.000 - DKK 900.000 i fortjeneste, således som den er defineret af parterne.

1008 De omkostninger, som sagsøgerne kunne påregne ikke at pådrage sig som følge af, at man ikke har opnået ordren, skønner vi til DKK 1.000.000 - DKK 1.400.000, svarende til forskellen mellem nettoomsætning og resultat før renter, jf. vort bilag 3.

1009 Vi har ovenfor punkt 1007 angivet et spænd i vort skøn over mistet fortjeneste. Begrundelsen herfor er, at en sammenligning af virksomhedernes avanceprocenter ifølge officielle årsregnskaber med avanceprocenter, der ville have været opnået ved salg til Aalborg Kommune, viser en væsentlig forskel

....

1010 Det har ikke været muligt at finde specifikke forklaringer på forskellen. De priser, de sagsøgende virksomheder har anført i tilbuddet til sagsøgte, er ikke påvist at afvige i særlig grad fra de priser, virksomhederne anvender ved salg til andre. Kostpriskalkulationerne indeholder ikke så væsentlige mangler, at en højere avance end den gennemsnitligt opnåede avance ikke skulle være mulig.

1011 Avanceprocenterne i branchen er gennemgående høje. Vi finder det begrundet, at vort skøn tager udgangspunkt i foreliggende kalkulationer, selv om disse kan være behæftet med mere eller mindre væsentlige mangler. Kalkulationer er ofte udtryk for en forventning om et lydefrit handelsesforløb, og i den konkrete sag viser regnskaberne da også lavere avanceprocenter.

1012 Det kan dog ikke udelukkes, at fortjenesten under gunstige omstændigheder ville være blevet DKK

1.300.000, men det er nok mest troligt, at fortjenesten ville have været lavere.

1013 Vi anser et gennemsnit af vort skøns yderpunkter - DKK 1.100.000 - som et forsvarligt udtryk for den mistede fortjeneste.

.....

### 3 Generelle forudsætninger

#### 3.1 Fordeling af omsætning

3001 De sagsøgende virksomheder har afgivet et fælles tilbud på leverancen til Aalborg Kommune.

3002 Ifølge det oplyste har virksomhederne ikke indbyrdes aftalt, hvorledes afsætningen (mængder) til Aalborg Kommune skulle finde sted, herunder hvem der skulle levere hvilke produkter.

3003 Som følge af manglende aftalegrundlag er de sagsøgende virksomheder enige om, at omsætningen skal fordeles ligeligt mellem dem.

3004 Brønderslev Cementstøberi A/S fik tildelt leverancen og har i kontraktperioden leveret varer omfattet af udbuddet til Aalborg Kommune. Jf. retsagens bilag 11 er der indhentet opgørelse over Brønderslev Cementfabrik A/S' afsætning i kontraktperioden. Denne opgørelse er anvendt som grundlag for opgørelse af sagsøgernes mistede omsætning i kontraktperioden.

3005 Ved opgørelse af den mistede omsætning er anvendt de leverede mængder, jf. rettens bilag 11, og de sagsøgendes tilbudspriser ved levering af fabrik.

3006 Det afgivne tilbud indeholder differentierede priser afhængig af antal enheder, der leveres pr. gang. Der er ved beregningen af omsætning anvendt priser ifølge det afgivne tilbud ved levering af større mængder, hvor enhedspriserne er de laveste. Anvendelsen af disse enhedspriser giver derfor den lavest mulige omsætning.

.....

3008 Da bilag 11 om afsætningen modtaget fra Brønderslev Cementstøberi A/S ikke er opdelt på perioder, har det ikke været muligt at fordele afsætningen i perioden med faste priser og i perioden, hvor priserne skulle pristalsreguleres.

3009 Det er derfor antaget, at afsætningen er fordelt jævnt over kontraktperioden, således at halvdelen af omsætningen er i faste priser og den anden halvdel pristalsreguleres i overensstemmelse med udbudsmaterialets bestemmelser herom.

3010 Ved opgørelsen af omsætningen har vi fra Byggestyrelsen indhentet opgørelse over pristalsregulering af i udbudsperioden. Omsætningen i 2. halvdel af udbudsperioden er forøget med pristalsreguleringen.

3011 Da begge virksomheder ikke kan producere de samme varer, er afsætningen ikke fordelt ligeligt på produkter.

3012 Således er det alene IBF Nord A/S, der kan levere brøndgods og brosten i størrelsen 10x10x8. For at fordele omsætningen ligeligt mellem sagsøgerne, har Frejlev Cementstøberi A/S derfor fået en forholdsmæssigt større andel af de produkter, som begge sagsøgere producerer.

....

3014 Den opgjorte omsætning incl. pristalsregulering beløber sig til DKK 2.333.866. Ifølge udbudsmateriale udgjorde den forventede leverance i kontraktperioden DKK 2.500.000 fordelt på fliser/belægningssten og brøndgods.

3015 Vore beregninger har taget udgangspunkt i den samlede opgjorte omsætning på DKK 2.333.866.

.....

### 3.3 Vareforbrug og indirekte produktionsomkostninger (IPO)

3019 Som det gør sig gældende ved beregning af omsætning, har det ikke været muligt at opdele afsætningen i perioder og dermed produktionen, og det forudsættes derfor, at afsætningen og produktion er fordelt ligeligt over perioden.

3020 Ved beregning af vareforbrug er der taget udgangspunkt i kostpriskalkulationer anvendt af virksomhederne. Vi har fået udleveret kostpriskalkulationer for begge virksomheder for 2. halvdel af kontraktperioden.

3021 De sagsøgende virksomheder har ikke kunnet fremlægge kostpriskalkulationer for 1. halvdel af kontraktperioden, og vi har ved vort skøn af fortjenesten derfor brugt de kostpriskalkulationer, der er anvendt af virksomhederne i 2. halvdel af kontraktperioden. Vi har ikke skønnet kostpriskalkulationer i 1. halvdel af kontraktperioden. Der er ikke usikkerhed om blandingsforhold m.v., men alene om de anvendte kostpriser på råvarerne. Det er dog vor antagelse, at kostpriser i 1. halvdel af kontraktperioden har været lavere end i 2. halvdel.

....

3024 Vi har fået udleveret regnskaber for de 2 virksomheder, som er anvendt til beregning af andel af indirekte produktionsomkostninger, administrationsomkostninger samt afskrivninger.

#### 3.4. Afskrivninger

3025 Vi har ved beregningen af fortjeneste inkluderet afskrivninger på visse af selskabernes driftsmidler, herunder værktøjer og småanskaffelser.

3026 Selv om produktionen med stor sandsynlighed ville have kunnet produceres på selskabernes bestående anlæg, er det vor vurdering, at der skal inkluderes afskrivninger.

....

#### 3.5 Renter

3031 Vi har endvidere vurderet, at renter bør indgå ved beregning af den mistede fortjeneste. På den ene side vil virksomhederne i en periode have bundet kapital i materialer og lønninger og dermed have en renteudgift, og på den anden side vil virksomhederne miste renter af den manglende indbetaling fra Aalborg Kommune.

3032 Da begge virksomheder har indestående på deres likvide midler, tager beregningen af renter udgangspunkt i en rente af indestående på 2% pro anno.

3033 Renter er for såvel omkostninger som indbetalinger beregnet for en periode på 24 måneder.

....

4 IBF Nord A/S

....

4028 Vi har foretaget en beregning af bruttoavanceprocenter på baggrund af specifikationerne i årsregnskaberne. Vi har ligeledes beregnet bruttoavanceprocenter for de varer, der skulle udgøre leverancen til Aalborg Kommune. Beregningerne viser:

Gennemsnitlig bruttoavance ved det forudsatte salg til Aalborg Kommune	65,0%
Bruttoavanceprocent ifølge regnskabsmateriale for 1994	50,0%
Bruttoavanceprocent ifølge regnskabsmateriale for 1995	47,5%
Bruttoavanceprocent ifølge regnskabsmateriale for 1996	50,2%
Bruttoavanceprocent ifølge regnskabsmateriale for 1997	46,8%
I gennemsnit 1994 - 1997	48,5%

4029 Bruttoavanceprocenten er beregnet ud fra et vareforbrug, der indeholder posterne "Vareforbrug", "Truckførerløn" samt "Produktionsløn". Der er ved beregningen korrigeret for koncernintern handel, hvor der ifølge regnskabschef Jan Damgaard indregnes en avance på ca. 15%.

4030 Analysen viser en gennemsnitlig væsentlig større avance på salg til Aalborg Kommune end på salg til øvrige.

4031 Vi har set salgspriserne på udvalgte produkter til entreprenører og fundet, at disse priser i al væsentlighed er på samme niveau som priserne til Aalborg Kommune. Da entreprenører udgør en væsentlig aftager af IBF Nord A/S' produkter, indikerer sammenligningen, at salgspriser ikke umiddelbart kan forklare forskellene i avanceprocenter.

4032 Vi har ikke kunnet fastslå, hvorvidt forskellen i avancer skyldes unøjagtigheder i kostpriskalkulationerne eller forskel i produktmix mellem leverance til Aalborg Kommune og årets samlede salg.

5. Frejlev Cementstøberi A/S

.....

5019 Vi har foretaget en beregning af bruttoavanceprocenter på baggrund af specifikationerne i årsregnskaberne. Vi har ligeledes beregnet bruttoavanceprocenter for de varer, der skulle udgøre leverancen til Aalborg Kommune. Beregningerne viser:

Gennemsnitlig bruttoavance ved det forudsatte salg til Aalborg Kommune	65,8%
Bruttoavanceprocent ifølge regnskabsmateriale for 1994/1995	48,3%
Bruttoavanceprocent ifølge regnskabsmateriale for 1995-1996	43,5%
Bruttoavanceprocent ifølge regnskabsmateriale for 1996/1997	48,3%
Bruttoavanceprocent ifølge regnskabsmateriale for 1997/1998	45,4%
I gennemsnit 1994 - 1997	46,4%

....."

Af bilag 3 til syns- og skønserklæringen fremgår følgende beregning af sagsøgernes forventelige fortjeneste:

Beregning af fortjeneste

	Kalkulationer			Regnskabernes gennemsnitlige avanceprocent
	IBF Nord A/S	Frejlev Cementstøberi A/S	I alt	I alt
Bruttoomsætning	1.166.933	1.166.933	2.333.866	2.333.866
Årsbonus	23.339	23.339	-46.678	46.678

Netto- omsæt- ning	1.143.594	1.143.594	2.287.188	2.287.188
Vare- forbrug	400.417	399.428	799.845	1.200.774
Brutto- fortje- neste	743.177	744.166	1.487.343	1.086.414
Indirekte produk- tions- omkost- ninger	60.718	56.168	116.886	116.886
Admini- strations- omkost- ninger	10.799	7.986	18.785	18.785
Afskriv- ninger	34.753	36.667	71.420	71.420
Resultat før renter	636.907	643.345	1.280.252	879.323
Rente- indtægter	15.438	15.465	30.903	30.303
Sikker- heds- stillelse	0	0	0	0
Resultat af ordinær drift	652.345	658.810	1.311.155	910.226

Bruttofortjenesten ifølge kalkulationerne udgør 65,4%, mens den ifølge regnskabernes gennemsnitlige avanceprocent er på 47,5%.

Der er under sagen afgivet forklaring af Jens Mortensen, Pandrup, Jens Erik Mølgaard, Frejlev, [redacted] Vidne 1, Storvorde, Ole Schjøning, Brønderslev samt af syns- og skønsmanden Flemming Petersen.

Jens Mortensen har forklaret, at han er salgschef hos sagsøgeren IBF Nord A/S, hvor han har været ansat i 10 år. Virksomheden har leveret til sagsøgte gennem mange år. Det var på grund af et krav i kommunens udbudsbekendtgørelse om, at leverandøren skulle have to bemandede pladser beliggende i Aalborg Kommune, henholdsvis en nord for Limfjorden og en syd for fjorden, at man indgik aftale med Frejlev Cementstøberi A/S om et fælles tilbud. Det var en mundtlig aftale, at leverancerne skulle fordeles ligeligt mellem de to sagsøgere. Avanceprocenten for tilbuddet til Aalborg Kommune var højere end det regnskabsmæssige gennemsnit på grund af de store mængder, der skulle produceres, og fordi der var tale om nogle få standardprodukter, der kunne produceres effektivt i et stort antal, og som man normalt havde på lager. Det er rigtigt, at kostpriserne var højere i 2. halvdel af leveringsperioden. På grund af almindelige prisforhøjelser omkalkuleres pr. 1. marts. Man havde forventet, at sagsøgte efter kendelsen fra Klagenævnet for Udbud havde lavet et nyt udbud eller opsagt aftalen med Brønderslev Cementstøberi A/S. Da kommunen på ny foretog udbud i 1997, fik IBF Nord A/S aftalen, der nu er blevet forlænget med yderligere et år. I forbindelse med, at sagsøgte i 1993 havde afholdt et udbud, havde man fået en vis ide om prisniveauet, og det var grundlaget for de priser, man i 1995 tilbød kommunen. Der var ikke blot tale om en "listepris".

Jens Erik Mølgaard har forklaret, at han er direktør for Frejlev Cementstøberi A/S. Han er nu tillige eneaktionær, men har været med i virksomheden fra 1970'erne. Virksomheden ligger syd for Limfjorden og støber kun overfladebelægning - som fliser, kantsten og brosten. Tilbuddet til Aalborg Kommune blev udarbejdet i samarbejde med Jens Mortensen. Det var en aftale, at omsætningen skulle deles ligeligt mellem de to virksomheder. Det blev ikke nærmere drøftet, hvordan det praktisk skulle tilrettelægges med fordelingen af de varer, der skulle ligge klar til kommunens afhentning. Han var ikke bekendt med IBF

Nord A/S' avancer, men kendte virksomhedens produktionsudstyr, der var lige så moderne som på Frejlev Cementstøberi A/S. Når avanceprocenten i tilbuddet er højere end gennemsnitsavancen, skyldes det, at der var tale om standardvarer, som man var god til at producere. Klagen til Klagenævnet for Udbud var begrundet i, at sagsøgerne mente, at man var berettiget til at få opgaven. Aalborg Kommunes repræsentanter ønskede da også Jens Mortensen og vidnet tillykke i forbindelse med åbningen af tilbuddene den 20. marts 1995. Repræsentanterne fra Aalborg Kommunes anlægsafdeling var i forbindelse med åbningen af tilbuddene tilfredse med, at sagsøgerne havde fået ordren, formentlig på grund af virksomhedernes beliggenhed. Det stod ved åbningen klart, at Unicons tilbud ikke var konditionsmæssigt. Jens Mortensen og vidnet var forundrede over, at Brønderslev Cementstøberi A/S ikke mødte op, men der var ikke nogen af kommunens repræsentanter, der sagde noget om denne virksomheds manglende repræsentation.

**Vidne 1** har forklaret, at han er ekspeditionssekretær i Aalborg Kommune, hvor han leder den funktion, der forestår kommunens indkøbsaftaler. Han har om begivenhedsforløbet den 20., 21. og 24. marts 1995 forklaret i overensstemmelse med fremstillingen i kendelsen fra Klagenævnet for Udbud. Han har yderligere forklaret, at det var Brønderslev Cementstøberi A/S, der havde fået leverancen i 1993, da kommunen første gang foretog udbud. Brønderslev Cementstøberis tilbud var dengang væsentligt billigere end tilbuddene fra IBF Nord A/S, Frejlev Cementstøberi A/S og Unicon Beton A/S. Før 1993 var IBF Nord A/S og Frejlev Cementstøberi A/S kommunens almindelige leverandører. Ved tilbudsåbningen den 20. marts 1995 kunne man ikke umiddelbart tage stilling til sagsøgernes tilbud, idet det først skulle regnes efter. Ved tilbudsåbningen undrede han sig over, at Brønderslev Cementstøberi A/S ikke var fremkommet med et tilbud, men der blev ikke foretaget noget i den anledning. Da tilbuddet fra Brønderslev Cementstøberi A/S blev åbnet den 24. marts 1995, kunne man nok se, at tilbuddet var væsentligt billigere på en række punkter end sagsøgernes tilbud, men den samlede beregning fandt først sted senere. Beregningen viste, at tilbuddet fra Brønderslev Cementstøberi A/S var det billigste og bedste vurderet ud fra de i udbuddet prioriterede faktorer i form af pris, kvalitet, service og leveringssikker-

hed. Spørgsmålet om tilbuddets rettidighed blev overvejet, før tilbuddet blev åbnet. Hvis kommunen ikke havde fundet, at tilbuddet var rettidigt, ville det være blevet returneret uåbnet. Det blev efterfølgende konstateret, at tilbuddet fra Unicon Beton A/S ikke opfyldte udbudsbetingelserne. Hvis udbuddet var blevet annulleret, ville sagsøgte have stået i en ringere konkurrencesituation, fordi tilbudsgiverne nu var bekendt med prisen. Da opgaven blev udbudt igen i 1997, fik IBF Nord A/S ordren. Sagsøgte har mellem 40 og 50 udbud om året.

Ole Schjøning har forklaret, at han er direktør for Brønderslev Cementstøberi A/S, hvor han også er aktionær. Tilbuddet til sagsøgte blev udarbejdet lørdag formiddag den 18. marts 1995, og det blev lagt i postkassen i den fortrykte konvolut ved Aalborg Hovedpostkontor senere på dagen. Vidnet deltog ikke i åbningen af tilbuddene den 20. marts 1995, idet han ikke havde tid. Han blev senere ringet op af [REDACTED] Vidne 1, der sagde, at man havde fundet konvolutten med tilbuddet fra Brønderslev Cementstøberi A/S, og spurgte, hvornår og hvordan konvolutten var fremsendt. Senere fik han meddelelse om, at tilbuddet ville blive åbnet den 24. marts 1995. Han drøftede ikke i dagene op til den 24. marts 1995 priserne med nogen, og han blev heller ikke spurgt ud om priserne. Ved udbuddet i 1997 bød Brønderslev Cementstøberi A/S også, men fik ikke ordren.

Syns- og skønsmanden Flemming Petersen har forklaret, at han er statsautoriseret revisor. Ved beregningerne af sagsøgernes mistede avance har han taget udgangspunkt i den ekstraomsætning, sagsøgerne ville have fået, hvis de havde leveret de mængder, som Brønderslev Cementstøberi A/S rent faktisk i perioden for den indgåede aftale har afsat til kommunen. Fra den således beregnede ekstraomsætning har han derefter fratrukket de ekstraomkostninger, sagsøgerne ville have haft, hvis de havde skullet producere de leverede mængder. De to sagsøgende virksomheders produktionskapacitet ville have været tilstrækkelig, således at virksomhedernes faste omkostninger ville have været stort set de samme, hvis de havde fået leverancerne. Virksomhedernes omsætning var 150-160 mio. kr. om året. En ekstraomsætning på godt 2 mio. kr. ville derfor kunne være klaret inden for den forhåndenværende kapacitet. Omkostningsstrukturen for de to virksomheder var så ensartet, at det næp-

pe ville gøre den store forskel, hvorledes omsætningen nøjagtigt blev fordelt imellem dem. Forskellen på den beregnede gennemsnitlige bruttoavance ved det forudsatte salg til sagsøgte og bruttoavanceprocenterne ifølge regnskabsmaterialet kan skyldes, at kalkulationer ofte er udtryk for et lydefrit hændelsesforløb. Forskellen kan tillige skyldes, at der var tale om standardvarer. Hertil kommer, at der er tale om en grænseomsætning, der kunne klares inden for de givne kapacitetsmæssige rammer. Sagsøgernes priser til entreprenører er stort set de samme, som priserne til sagsøgte. De høje bruttoavancer er ikke overraskende, idet sådanne er velkendte inden for branchen.

Sagsøgerne har til støtte for deres påstand om erstatning for tabt fortjeneste nærmere anført, at sagsøgte har overtrådt reglerne om offentligt udbud i indkøbsdirektivet (direktiv 93/36/EØF) ved at antage tilbuddet fra Brønderslev Cementstøberi A/S, selv om tilbuddet ikke var til stede ved åbningen den 20. marts 1995. Dette retsbrud er fastslået af Klagenævnet for Udbud i kendelsen af 21. februar 1996. Landsretten er ikke berettiget til at påkende spørgsmålet, om der er begået en fejl fra sagsøgtes side ved at antage Brønderslev Cementstøberi A/S' tilbud, eftersom sagsøgte ikke har indbragt nævnets afgørelse for retten inden for den 8 ugers frist, der er foreskrevet i § 5, stk. 4, i loven om Klagenævnet for Udbud.

Såfremt landsretten vælger at foretage en selvstændig prøvelse af, om sagsøgte har overtrådt reglerne om offentligt udbud ved at antage tilbuddet fra Brønderslev Cementstøberi A/S, har sagsøgerne gjort gældende, at tilbuddet først er modtaget i kommunen den 21. marts 1995, og at der ikke har foreligget undskyldelige omstændigheder, der kunne tale for at anse tilbuddet for rettidigt.

Der foreligger det fornødne ansvarsgrundlag, idet sagsøgte har handlet culpøst ved - i strid med reglerne - at antage Brønderslev Cementstøberi A/S' tilbud. Der foreligger endvidere den fornødne adækvans og årsagssammenhæng, idet det må lægges til grund, at sagsøgerne ville have fået ordren, hvis sagsøgte havde fulgt reglerne om offentligt udbud og således set bort fra det for sent indkomne tilbud fra Brønderslev Cementstøberi

A/S. Sagsøgte kunne have valgt at annullere udbuddet, men det gjorde man ikke.

Da det må lægges til grund, at sagsøgerne ville have fået ordren, hvis ikke sagsøgte uretmæssigt havde antaget tilbuddet fra Brønderslev Cementstøberi A/S, er sagsøgerne berettiget til erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Hvad angår kravets størrelse, er dette dokumenteret ved syns- og skønserklæringen, hvor den kalkulerede avance er reduceret under hensyntagen til de usikkerhedsmomenter, der kan være, når det reelle tab skal vurderes.

Sagsøgte har til støtte for sin principale påstand nærmere anført, at landsretten er berettiget til at påkende spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgte har overtrådt reglerne om offentligt udbud ved at antage tilbuddet fra Brønderslev Cementstøberi A/S. Efter § 5, stk. 2, i loven om Klagenævnet for Udbud kan erstatningskrav ikke behandles ved nævnet. Da endelighedsbestemmelsen i lovens § 5, stk. 4, alene knytter sig til sådanne afgørelser, som nævnet er kompetent til at træffe i medfør af lovens § 5, stk. 1, kan bestemmelsen ikke begrænse landsrettens muligheder for at tage stilling til, om der er et erstatningsretligt ansvarsgrundlag.

Sagsøgte har været berettiget og forpligtet til at antage Brønderslev Cementstøberi A/S' tilbud, som var det økonomisk mest fordelagtige, idet sagsøgte har gennemført en procedure, der sikrede, at kriterierne i udbudsmaterialet kunne opfyldes. Sagsøgte har herved sikret en konkurrencesituation i overensstemmelse med direktivets formål og krav.

Såfremt sagsøgte måtte blive anset for uberettiget til at anse Brønderslev Cementstøberi A/S' tilbud for rettidigt, har sagsøgte anført, at udbuddet kunne annulleres som følge af, at sagsøgernes tilbud herefter var det eneste konditionsmæssige. Sagsøgerne har derfor ikke lidt et tab som følge af det passede, idet sagsøgerne ikke kan have en berettiget forventning om at modtage ordren, når sagsøgte er berettiget til at annullere i det konkrete tilfælde.

Såfremt landsretten måtte finde, at sagsøgte har handlet er-

statningspådragende, gøres det gældende, at sagsøgernes krav ikke kan overstige 910.226 kr. svarende til syns- og skønrapportens avanceberegning på grundlag af den gennemsnitlige avanceprocent, som den fremgår af sagsøgernes regnskaber. Der må således tages højde for, at sagsøgerne kunne have produceret til andre aftagere, og at der ikke kunne forventes en fuldstændig lydefri produktionsproces.

Til støtte for den subsidiære påstand har sagsøgte nærmere anført, at sagsøgerne alene kan kræve den negative kontraktsinteresse - dokumenterede udgifter til tilbudsgivelsen - betalt, idet der ikke foreligger kontraheringspligt. Da sagsøgerne ikke har ønsket at dokumentere disse udgifter, der alene består af omkostninger til udregning af pris, må de anslås skønsmæssigt. Beløbet må blive meget beskedent, idet sagsøgerne som forklaret af Jens Mortensen blot tog udgangspunkt i kalkulationerne fra tilbuddet fra 1993.

#### **Landsrettens begrundelse og resultat:**

Da den kendelse, som Klagenævnet for Udbud har afsagt den 21. februar 1996, ikke inden for den frist på 8 uger, der er fastsat i § 5, stk. 4, i lov om Klagenævnet for Udbud, er indbragt for domstolene, lægges det til grund, at sagsøgte handlede i strid med udbudsreglerne ved at anse tilbuddet fra Brønderslev Cementstøberi A/S for rettidigt indgivet.

I forbindelse med åbningen af buddene den 20. marts 1995 blev det konstateret, at budet fra Unicon Beton A/S ikke opfyldte udbudsbetingelserne, og at sagsøgerne herefter var de eneste, der havde afgivet bud i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Uanset den opståede tvivl om, hvorvidt budet fra Brønderslev Cementstøberi A/S, der var stemplet som modtaget dagen efter åbningen af tilbuddene, var rettidigt, besluttede sagsøgte at fortsætte udbudsforretningen, og valget stod herefter mellem sagsøgernes bud og det bud, som sagsøgte uretmæssigt valgte at tage i betragtning og senere antog.

Under disse omstændigheder findes det godtgjort, at sagsøgte har handlet ansvarspådragende, og at sagsøgerne - også under hensyn til udbuddets og tildelingskriteriernes karakter - vil-

le have fået ordren, hvis ikke tilbuddet fra Brønderslev Cementstøberi A/S uretmæssigt var blevet taget i betragtning. Det bemærkes herved, at sagsøgte ikke har anført omstændigheder, som efter de valgte tildelingskriterier ville have udelukket sagsøgerne fra at komme i betragtning. Sagsøgerne har herefter krav på at få erstattet den fortjeneste, som de mistede, fordi sagsøgte ikke antog sagsøgernes bud, men i stedet valgte at indgå aftale med Brønderslev Cementstøberi A/S.

Efter indholdet af syns- og skønserklæringen og den forklaring, som syns- og skønsmanden har afgivet, findes erstatningen efter en samlet vurdering skønsmæssigt at burde fastsættes til 1,1 mio. kr. Landsretten tager derfor sagsøgernes principale påstand til følge.

T h i k e n d e s f o r r e t:

Sagsøgte, Aalborg Kommune, skal til sagsøgerne, IBF Nord A/S og Frejlev Cementstøberi A/S, betale 1.100.000 kr. med procesrente af 501.000 kr. fra den 18. december 1996 til den 24. marts 1998, af 1.000.000 kr. fra den 24. marts 1998 til den 10. juli 1999 og af 1.100.000 kr. fra den 10. juli 1999, til betaling sker.

Sagens omkostninger for landsretten skal sagsøgte betale til sagsøgerne med 200.000 kr.

Det idømte skal betales inden 14 dage.

Bjerg Hansen

Vogter

Jens Peter Christensen

(kst.)

cfr.

-----

Uden betaling.

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Vestre Landsret,

Viborg, den 15. marts 2000

**Sagsbehandler**  
sektionsleder