

HØJESTERETS DOM

afsagt tirsdag den 5. april 2011

Sag 67/2008

(2. afdeling)

Per Aarsleff A/S

(advokat Christian Alsøe)

mod

Amager Strandpark I/S

(advokat Peter Wengler-Jørgensen)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 9. afdeling den 5. februar 2008.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Peter Blok, Lene Pagter Kristensen, Jytte Scharling, Marianne Højgaard Pedersen og Vibeke Rønne.

Påstande

Appellanten, Per Aarsleff A/S, har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Indstævnte, Amager Strandpark I/S, skal anerkende at have handlet i strid med udbudsdirektiv 93/37 af 14. juni 1993 (bygge- og anlægsdirektivet) artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at have tildelt den udbudte kontrakt til Hoffmann/Boskalis JV.

Påstand 2

Amager Strandpark I/S skal anerkende at have handlet i strid med bygge- og anlægsdirektivet artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at have valgt at kontrahere den udbudte entreprise til anden side end ved tildeling til Per Aarsleff A/S.

Påstand 3

Amager Strandpark I/S skal betale 20.045.863 kr. til Per Aarsleff A/S med rente efter renteloven af 19.500.685 kr. fra den 6. maj 2004 og af 545.178 kr. fra den 9. februar 2005.

Amager Strandpark I/S har påstået stadfæstelse.

Anbringender

Per Aarsleff A/S har navnlig anført, at Amager Strandpark I/S i henhold til bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip samt de af Amager Strandpark opstillede udbudsbetingelser har været forpligtet til at afvise tilbud, der indeholdt forbehold, som var i strid med grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne eller udgjorde væsentlige forbehold i forhold til disse.

Hoffmann/Boskalis JV's tilbud indeholdt vilkår eller forbehold, der var i strid med grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne eller udgjorde et væsentligt forbehold i forhold til disse. Anvendelse af Dansk Byggeris Standardforbehold af marts 2001 pkt. 5 og 6 var direkte i modstrid med udbudsbetingelsernes vilkår om fast pris og tid og placeringen af den fulde økonomiske og tidsmæssige risiko for vejrligsforanstaltninger i vinterperioden hos entreprenøren. Vilkår om risikofordeling udgør i sig selv grundlæggende vilkår for en udbudsforretning. Placeringen af risikoen for vinterforanstaltninger er af stor betydning for anlægsarbejder og i særdeleshed for anlægsarbejder, der i overvejende eller i væsentlig grad skal gennemføres hen over en vinterperiode. Amager Strandpark har selv i udbudsvilkårene lagt afgørende vægt på den valgte risikofordeling. En foreliggende mulighed for prissætning af et forbehold er ikke et relevant kriterium for bedømmelsen af, om forbeholdet strider mod grundlæggende elementer i udbudsvilkårene.

Amager Strandpark har endvidere ikke foretaget en tilstrækkelig kvalificeret prissætning af Hoffmann/Boskalis' forbehold som krævet efter udbudsreglerne. Amager Strandpark har heller ikke godtgjort, at en prissætning kunne have været foretaget på en tilstrækkelig objektiv måde. Prissætning af forbehold skal foretages på grundlag af udbudsbetingelserne. Det skal ske objektivt, tilstrækkelig sikkert og således, at det sikres, at den tilbudsgiver, der har taget forbehold, ikke opnår en fordel på de øvrige tilbudsgiveres bekostning.

Det følger af bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip samt udbudsbetingelserne, at Amager Strandpark var forpligtet til at afvise tilbuddet og afstå fra at indgå kontrakt med Hoffmann/Boskalis. I henhold til udbudsreglerne, udbudsgrundlaget og Amager Strandparks egen tilbudsvurdering var Amager Strandpark forpligtet til at tildele kontrakten til Per Aarsleff A/S.

Amager Strandpark har handlet ansvarspådragende ved overtrædelsen af bygge- og anlægsdirektivets artikel 6, stk. 6, det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip samt udbudsbetingelserne.

Amager Strandparks adfærd har forårsaget et adækvat økonomisk tab for Per Aarsleff A/S, der består af det mistede dækningsbidrag vedrørende kontrakten med tillæg af de udgifter, som Per Aarsleff A/S har haft som følge af Amager Strandparks overtrædelse af udbudsreglerne.

Amager Strandpark I/S har navnlig anført, at Amager Strandpark i forbindelse med sin tilbudsvurdering foretog en objektiv, saglig og korrekt vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Dansk Byggeris Standardforbehold af marts 2001 udgjorde hverken generelt eller konkret i forhold til det aktuelle udbud et forbehold for grundlæggende eller væsentlige elementer i udbudsbetingelserne, hvis økonomiske rækkevidde var så usikker, at forbeholdene ikke kunne prissættes med tilstrækkelig sikkerhed. Hverken udbudsreglerne eller EU-domstolens praksis herom giver grundlag for at antage, at der skulle være tale om grundlæggende eller væsentlige elementer i udbudsbetingelserne, blot fordi det omhandlede forbehold relaterer sig til klart formulerede betingelser i udbuddet og en gennemtænkt risikofordeling vedrørende vejrligsafhængige faktorer.

Der foreligger ikke i denne sag faktiske forhold, som gjorde det umuligt eller vanskeligt for Amager Strandpark at vurdere det af Hoffmann/Boskalis tagne standardforbehold, herunder forbeholdene vedrørende vinterforanstaltninger og indeksregulering mv. Standardforbeholdet gør det ikke umuligt eller vanskeligt at sammenligne tilbud med og uden dette forbehold, hvilket er afgørende for vurderingen af, om et forbehold vedrører et grundlæggende element.

Standardforbeholdet anvendes i udbredt grad i byggebranchen, hvor en ordregiver således ofte skal foretage en vurdering af tilbud med dette standardforbehold i forhold til tilbud uden samme. Hoffmann/Boskalis er ikke blevet givet en konkurrencemæssig fordel ved at tage forbeholdet.

Udbudsbetingelserne af december 2003 indeholdt hverken direkte eller indirekte bestemmelser, krav eller lignende, som medførte, at Amager Strandpark skulle have afvist tilbud indeholdende det omhandlede forbehold. Amager Strandpark havde et vidt skøn i den forbindelse, og grænsen for dette skøn er ikke overskredet.

Amager Strandpark var derfor berettiget til på et objektivt og sagligt grundlag at prissætte de forbehold, der var aktuelle i forbindelse med tilbudsgivningen, for derved at undgå, at der skete forskelsbehandling af tilbud med og uden forbehold.

Amager Strandpark foretog en objektiv, saglig og korrekt prissætning af forbeholdet og undlod ikke ved denne prissætning at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Amager Strandpark handlede derfor ikke i strid med de udbudsretlige regler ved at tage tilbuddet fra Hoffmann/Boskalis i betragtning.

Amager Strandpark har ikke handlet erstatningspådragende i forhold til Per Aarsleff A/S. Amager Strandpark har udvist den fornødne agtpågivenhed, har handlet forsvarligt og fuldt ud inden for rammerne af det skøn, der tilkommer Amager Strandpark som led i sin virksomhed som offentligretligt organ. En mulig overtrædelse af de EU-retlige udbudsregler må i givet fald betragtes som forårsaget af et ikke helt korrekt anlagt skøn, der dog er anlagt inden for de ganske vide rammer, der tilkommer offentlige myndigheder. En konstatering af, at der er handlet i strid med de EU-retlige udbudsregler, medfører i henhold til retspraksis ikke uden videre, at der også foreligger et ansvarsgrundlag i erstatningsretlig forstand.

Amager Strandpark har ikke bestridt, at Per Aarsleff A/S ville have fået tildelt entreprisen, hvis tilbuddet fra Hoffmann/Boskalis var blevet afvist.

Per Aarsleff A/S har imidlertid ikke godtgjort at have lidt et tab. I hvert fald kan der ikke tages udgangspunkt i det forventede dækningsbidrag, idet det afgørende i givet fald må være

den mistede nettofortjeneste. Det er i øvrigt ikke dokumenteret, at Per Aarsleff A/S konkret på det omhandlede projekt ville have opnået en dækningsgrad på 10,22 %. De lønudgifter, interne udgifter og advokatudgifter, som er medtaget i erstatningsopgørelsen, kan ikke kræves erstattet ved siden af erstatning for mistet fortjeneste.

Supplerende sagsfremstilling

Af en af Amager Strandpark udarbejdet dagsorden af 12. januar 2004 til et formøde med tilbudsgiverne fremgår bl.a.:

”7 Udbudsmæssige forhold Leif Sjøgren 20 min. ..
-tidsplan (vanskelig (presset))
...
-strategier
...
-klar fordeling af risiko (ikke nødvendigvis ”rimelig” men klar)...
- særligt om risikofordeling
...
-vejr
- vind, tåge, temperatur,
strøm (udgår), is, ikke nedbør
-vinterforanstaltninger
...”

Tidligere projektchef hos MT Group, civilingeniør Ove Lauritsen, har som sagkyndig til brug for Højesteret afgivet erklæring af 25. august 2009. I erklæringen hedder det bl.a.:

”Spørgsmål I:

Skønsmanden bedes beskrive det overordnede tekniske og fysiske indhold og omfang af de arbejder og konstruktioner, der skulle udføres i henhold til udbuddet af hovedentreprisen vedrørende etablering af Amager Strandpark.

Besvarelse af spørgsmål I:

I henhold til udbuddet skal Hovedentreprisen omfatte anlæg af en kunstig ø med mole, pynt og anløbshavn i det lavvandede farvand ud for Amagers østkyst, uddybning af laguner og kanaler i området mellem øen og Amager og bygning af broer mellem øen og Amager. På øens østside skal der anlægges en landskabsstrand og en bystrand.

Den kunstige ø opbygges af indpumpet fyldsand, indpumpet strandsand og materialer fra uddybningen af laguner og kanaler.

I udbuddet angives følgende hovedtakt for arbejdets udførelse:

Der tilføres fyldsand til opbygning af den kunstige ø og bygges dæmninger mellem øen og Amager, således at havbunden kan tørlægges, hvor den sydlige lagune (markeret i bilag SS3 side 2 som etape 1) og den nordlige lagune (markeret i bilag SS3 side 2 som etape 2) skal udgraves. Derefter udgraves lagunerne, og det udgravede materiale indbygges i den kunstige ø. Samtidig hermed fortsættes sandindpumpningen, og vandbygningsarbejderne udføres. Broarbejderne opstartes, når etape 1 henholdsvis etape 2 er tørlagt. Når øen er færdigopbygget udføres overfladeregulering, og der anlægges veje, stier strandpromenade og pladser. Samtidig hermed bygges strandstationer (toilet- og servicebygninger). Endelig udføres der beplantning.

...

Spørgsmål II:

Skønsmanden bedes oplyse, hvorvidt den udbudte vandbygnings- og anlægsentreprise kan udføres af enhver entreprenørvirksomhed, eller om der kræves særlige faglige kvalifikationer, mandskab, tilladelser, materiel eller materialer til at udføre entreprisen helt eller delvist. I bekræftende fald bedes disse krav oplyst og antallet/omfanget af den gruppe af danske entreprenørvirksomheder, der vil være i stand til at udføre entreprisen.

Besvarelse af spørgsmål II:

Ved udførelsen af Hovedentreprisen stilles der efter min vurdering særlige krav til mandskab og materiel for adskillige af arbejderne:

...

Konklusion:

Det er min vurdering, at Hovedentreprisen vedrørende etablering af Amager Strandpark ikke kan udføres af enhver entreprenørvirksomhed. Hovedentreprisen kan naturligvis lade de dele af arbejdet, han ikke selv behersker eller har ledig kapacitet til, udføre af underentreprenører. Planlægning af arbejdet, kontrahering af underentreprenører, ledelse af og kontrol med arbejdets udførelse kræver dog betydelig erfaring i større anlægs- og vandbygningsarbejder. Det er derfor nødvendigt, at Hovedentreprisen i sin organisation råder over denne erfaring. I praksis vil det også være vanskeligt at gennemføre entreprisen, med mindre Hovedentreprisen udfører væsentlige dele af entreprisen i eget regi.

Det er min vurdering, at højst 5 danske entreprenører kan påtage sig at udføre Hovedentreprisen.

Spørgsmål III:

Skønsmanden bedes beskrive hvilke arbejder, der - som følge af den reviderede tidsplan med indbygget option (ændret til senere opstart), jf. punkt 4 ovenfor - må påregnes at skulle udføres i perioden 1. oktober - 30. april (vinterperioden). Skønsmanden skal ved besvarelsen af dette spørgsmål og følgende spørgsmål lægge til grund, at vinterperioden udgør månederne oktober til og med april.

Besvarelse af spørgsmål III:

Besvarelsen er baseret på, at Bygherren gør brug af option nr. 1, hvor entreprisens start rykkes til 1. juli 2004 (kontraktoverdragelse) og afleveringsterminen 1. juli 2005 fastholdes.

Under forudsætning af, at opstartfasen – som i udbudstidsplanen (bilag SS1 pkt. 4) – er 2 måneder, påbegyndes egentlig produktion ca. 1. september 2004 og afsluttes senest 1. juli 2005.

Den samlede egentlige produktionstid er således skåret ned fra 13 måneder i udbudstidsplanen til 10 måneder ved brug af option nr.1. Det nødvendiggør en kraftig forcering, og besvarelsen af spørgsmål III må således baseres på en forceret tidsplan.

I spørgetemaet dateret 3. april er i punkt 4 noteret, hvilke dagbudsbehæftede terminer der er gældende for entreprisen ved kontraktoverdragelse den 1. juli 2004. Det er således anført, at 2. mellemtermin er 31. december 2004 (uddybning i tørlægning, etape 1 afsluttet), og 3. mellemtermin er 11. januar 2005 (uddybning i tørlægning, etape 2 afsluttet).

For god ordens skyld skal bemærkes, at Bygherren i svar på spørgsmål nr. 120 (side 983) har oplyst, at ”bygherren vil acceptere flytning af 2. og 3. Mellemtermin, når afleveringsterminen fastholdes”.

Jeg har lagt til grund, at Hovedentreprenøren som anført i spørgetemaet skal overholde 2. og 3. mellemtermin i udbudstidsplanen.

Dette nødvendiggør efter min vurdering, at uddybning og opfyldning skal forceres så kraftigt, at disse arbejder kan afsluttes som forudsat i udbudstidsplanen (11. januar 2005).

Også vandbygningsarbejder skal forceres kraftigt, medens øvrige arbejder skal forceres moderat.

Ud fra denne forceringsplan har jeg vurderet, hvor stor en procentdel af nedenstående arbejder, der skal udføres i vinterperioden oktober til og med april:

Fyldsand: ca.50 %

Strandsand: ca. 97 %

Pumpning for tørlægning: ca. 75 %

Uddybning: 100 %

Terrænregulering: 100 %

Vandbygning: ca. 80 %

Adgangsbroer: ca. 70 %

Veje, stier og pladser: ca. 50 %

Strandstationer: ca. 60 %

Spørgsmål IV:

Skønsmanden bedes angive hvilke vejrforhold - om nogen - der kan antages at få indflydelse på mulighederne for at opretholde produktionen og gennemføre entreprisen i vinterperioden 1. oktober - 30.april i henhold til den reviderede tidsplan med option (ændret til senere opstart), jf. punkt 4 ovenfor.

Besvarelse af spørgsmål IV:

Besvarelsen er baseret på, at Bygherren gør brug af option nr. 1, hvor entreprisens start rykkes til 1. juli 2004 (kontraktoverdragelse) og afleveringsterminen 1. juli 2005 fastholdes.

Følgende vejrforhold kan efter min vurdering få indflydelse på mulighederne for at opretholde produktionen og gennemføre entreprisen:

Nedbør i form af sne og slud
Nedbør i form af regn
Vind
Tåge
Strøm
Frostvejr
Frostvejr, der medfører isdannelser
Frostvejr, der medfører overisning

Spørgsmål V:

I forbindelse med spørgsmål IV ønskes skønsmandens særlige besvarelse, hvorvidt og i givet fald i hvilket omfang (med hvilke påvirkningsgrader – eksempelvis meget eller lidt):

- a. *is, strøm, vind, temperatur eller nedbør kan antages at påvirke mulighederne for at udføre (jf. SAB 2)*
 - i. *indpumpning/opbygning og vedligeholdelse af de kunstige øer/dæmninger af fyldsand,*
 - ii. *uddybningen af lagunen (udgravning i de glaciale ler-aflejringer),*
 - iii. *indbygning af uddybningsmaterialer*
 - iv. *etablering af moler og pynter, og*
 - v. *sandindpumpning af strandsand (ved hjælp af indvindingsfartøjet (sandsugeren),*
- b. *is, strøm, vind, temperatur eller nedbør kan antages at have indflydelse på mulighederne for (jf. SAB 1) at opbygge og/eller vedligeholde alle nødvendige midlertidige køre-, transport-, adgangs- og arbejdsveje,*
- c. *is, strøm, vind, temperatur eller nedbør kan antages at have indflydelse på eller påvirke mulighederne for (jf. SAB 3) at opføre adgangsbroerne (herunder støbning af betonbrokonstruktionerne),*
- d. *is, strøm, vind, temperatur eller nedbør kan antages at påvirke mulighederne for (jf. SAB 4) at etablere veje stier og pladser,*
- e. *is, strøm, vind, temperatur eller nedbør kan antages at påvirke mulighederne for (jf. SAB 5) at udføre strandstationerne, og*
- f. *is, strøm, vind, temperatur eller nedbør kan antages at påvirke mulighederne for (jf. SAB 6) at udføre kloak og ledningsarbejderne samt installationer og pumpestationer mv.*

Besvarelse af spørgsmål V:

I nedenstående besvarelse har jeg alene givet en generel vurdering af, hvorledes udførelsen af de angivne arbejder er underlagt vejrligets indflydelse. Jeg har således ikke vurderet risikoen for vejrligets reelle indflydelse på det konkrete arbejde, da dette i høj grad afhænger af i hvilken del af perioden oktober til og med april, arbejdet skal udføres.

Nedenstående er anført min vurdering af graden af den indflydelse, som is, strøm, vind, temperatur og nedbør har på mulighederne for at udføre de arbejder, der er listet op i spørgsmål V:

- a i.: Is: stor, strøm: stor, vind: stor, temperatur: væsentlig, nedbør: ingen
- a ii.: Is: ingen, strøm: ingen, vind: ingen, temperatur: stor, nedbør: stor.
- a iii.: Is: ingen, strøm: ingen, vind: ingen, temperatur: stor, nedbør: stor.
- a iv.: Is: stor, strøm: stor, vind: stor, temperatur: væsentlig, nedbør: moderat.
- a v.: Is: stor, strøm: stor, vind: stor, temperatur: væsentlig, nedbør: ingen.

- b.: Is: ingen, strøm: ingen, vind: ingen, temperatur: stor, nedbør: stor.
- c.: Is: ingen, strøm: ingen, vind: moderat, temperatur: stor, nedbør: stor.
- d.: Is: ingen, strøm: ingen, vind: ingen, temperatur: stor, nedbør: stor.
- e.: Is: ingen, strøm: ingen, vind: moderat, temperatur: stor, nedbør: stor.
- f.: Is: ingen, strøm: ingen, vind: ingen, temperatur: stor, nedbør: stor.

Spørgsmål VI:

Skønsmanden bedes på grundlag af oplysningerne i punkt 21, bilag SS8, punkt (ii), oplyse det akkumulerede og gennemsnitlige antal isvintre i de forudgående 100, henholdsvis 30 år (henholdsvis perioderne 1904-2004 og 1974-2004).

Besvarelse af spørgsmål VI:

I bilag SS8 punkt ii har Dansk Meteorologisk Institut i januar 2003 oplyst isvintrene i Danmark i de sidste 100 år, i alt 15 isvintre heraf 6 isvintre efter 1973. I 2003 har der ikke været isvinter. I 100 års perioden fra og med 1904 til og med 2003 har der således været 15 isvintre, altså gennemsnitlig 15 % isvintre. I 30 års perioden fra og med 1974 til og med 2003 har der været 6 isvintre, altså gennemsnitlig 20 % isvintre.

Spørgsmål VII:

Skønsmanden bedes be- eller afkræfte, om foranstaltningerne angivet i de 3 dokumenter under punkt 18 (bilag SS4 og SS5) udgør et sagligt og/eller rimeligt bud på de sandsynlige typer af vinterforanstaltninger, der er nødvendige eller hensigtsmæssige at iværksætte for at sikre gennemførelse af entreprisen til aftalt tid, samt angive eventuelle forskelle på hvilke typer af vinterforanstaltninger, der er nødvendige eller hensigtsmæssige at iværksætte for at sikre gennemførelse af entreprisen til aftalt tid for henholdsvis (i) en mild, (ii) en gennemsnitlig og (iii) en streng vinter, jf. oplysningerne i punkt 19-21 ovenfor.

Besvarelse af spørgsmål VII:

Jeg kan bekræfte, at dokumenterne SS4 i: "Vejledning i sæsonudjævningsforanstaltninger indenfor anlægssektoren" dateret 1976, opdateret 1981, SS5 i: "Checkliste Vinterkonsulenterne for Bygge og Anlæg" og SS5 ii: "oplæg til drøftelse med bygherren om Dansk Byggeri's Standardforbehold" efter min mening udgør et sagligt og rimeligt bud på de sandsynlige typer af vinterforanstaltninger, der er nødvendige eller hensigtsmæssige at iværksætte for at sikre gennemførelsen af entreprisen til aftalt tid.

Efter min vurdering er der væsentlig forskel på typer og omfang af de vinterforanstaltninger, det vil være nødvendigt og hensigtsmæssigt at iværksætte for henholdsvis (i) en mild, (ii) en gennemsnitlig og (iii) en hård vinter.

Dette kan illustreres ved at udvælge 2 af Hovedentreprisens poster:

1: Uddybning og transport, indbygning og regulering af uddybningsjord.

Ved en mild vinter vil de væsentligste vinterforanstaltninger være: Snerydning i mindre omfang, etablering af befæstede interimveje, eventuel stabilisering af opblødt jord og anvendelse af materiel, der er særlig velegnet til at håndtere opblødt jord, ved indbygning og regulering.

Ved en streng vinter vil de væsentligste vinterforanstaltninger være:

Snerydning, opbrydning af frostskorpe, afdækning af udgravningsområdet med isolationsmåtter og afdækning af indbygningsområdet med isolationsmåtter og presenninger.

Ved en gennemsnitlig vinter vil alle ovennævnte foranstaltninger komme på tale dog i mindre omfang for den enkelte foranstaltning.

2: Broarbejder, beton.

Ved en mild vinter vil de væsentligste vinterforanstaltninger være: Snerydning i mindre omfang, afdækning med presenninger i mindre omfang og brug af varm beton.

Ved en streng vinter vil de væsentligste vinterforanstaltninger være: Snerydning, afdækning med presenninger, afdækning med isolationsmåtter, overdækning med flytbare telte, opvarmning, isolering af form og brug af varm beton.

Ved en gennemsnitlig vinter vil alle ovennævnte foranstaltninger komme på tale dog i mindre omfang for den enkelte foranstaltning.

Spørgsmål VIII:

Skønsmanden bedes herunder på grundlag af udbudsmaterialets vilkår om risikoen for vejrlig/adgang til tidsfristforlængelse, jf. bl.a. SB pkt. 4.5, bilaget "Vejrforhold" (jf. pkt. 19 ovenfor) og oplysningerne ovenfor under pkt. 20 om den maksimale længde af eventuelle tidsfristforlængelser for 2 af de 5 vejrligskriterier, vurdere stramheden eller fleksibiliteten i tidsplanen for udførelse af arbejderne med den senere opstart (jf. punkt 4 ovenfor). I tillæg hertil bedes den sagkyndige:

- i. angive/vurdere (uden hensyntagen til referencevejrligskriterierne i udbudsvilkårene) mulighederne for at flytte vejrfølsomme arbejder ud af vinterperioden, og*
- ii. den sandsynlige forsinkelse af den udbudte entreprise (det udbudte arbejde, den angivne udførelsesperiode jf. punkt 4 ovenfor, og med tanke på udførelsesstedet i strandkanten til Øresund), såfremt der i perioden okto-*

ber - april ikke iværksættes nogen ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger.

Besvarelse af spørgsmål VIII:

Besvarelsen er baseret på, at Bygherren gør brug af option nr. 1, hvor entreprisens start rykkes til 1. juli 2004 (kontraktoverdragelse) og afleveringsterminen 1. juli 2005 fastholdes.

Min vurdering er, at selv når der ses bort fra, at væsentlige dele af Hovedentreprisen skal udføres i vinterperioden, er der tale om en stram og ufleksibel tidsplan:

- Den egentlige produktionstid er reduceret fra 13 måneder til 10 måneder.
- Tidsplanen er ufleksibel med hensyn til rækkefølgen af arbejderne: Uddybningsområderne skal således være tørlagte, inden broarbejderne kan påbegyndes, og uddybnings- og tilfyldningsarbejderne skal i store træk være afsluttede, før de resterende arbejder kan påbegyndes.

Som reglerne for eventuel tidsfristforlængelse på grund af usædvanligt vejrlig er udformet i udbudsmaterialet, er det min vurdering, at en sådan tidsfristforlængelse kun vil komme i betragtning i meget ringe omfang.

Også på dette område er tidsplanen således ufleksibel.

Nedenstående uddybes baggrunden for denne vurdering:

Udbudsmaterialets vilkår om den tidsmæssige risiko ved usædvanligt vejrlig er udformet således, at risikoen i forbindelse med nedbør alene ligger hos Hovedentreprenøren. Kun på områderne vind, tåge, temperatur, strøm og isforhold, kan en tidsfristforlængelse komme på tale.

Proceduren for, at der kan rejses krav om en eventuel tidsfristforlængelse på grund af usædvanligt vejrlig, illustreres bedst med et eksempel, hvor jeg har valgt "temperatur": Bygherren har angivet en "tærskelværdi" på 0 grader C i middeltemperatur for døgnnet, ud fra en vurdering af, at en lavere middeltemperatur end 0 grader C vanskeliggør entreprenørarbejdet betragteligt. Dernæst har Bygherren ud fra Dansk Meteorologisk Instituts vejrdata for en lang årrække beregnet, hvor mange dage i hver måned middeltemperaturen i gennemsnit har været under "tærskelværdien". Ud fra antallet af disse "middeldage" beregner Bygherren efter et af ham opstillet risikokriterium et antal "referencedage", der for "temperatur" er ca. det dobbelte af antallet af "middeldage". Kun hvis antallet af dage, hvor middeltemperaturen i en måned er under 0 grader C, overskrider antallet af "referencedage" i samme måned, kan der rejses krav om tidsfristforlængelse. Denne tidsfristforlængelse kan være op til forskellen mellem det antal dage, middeltemperaturen er under 0 grader C og antallet af "middeldage".

Samme forhold gør sig gældende for de øvrige vejrforhold, idet antallet af "referencedage" for isforhold dog er ca. 3,5 gange antallet af "middeldage" og opgøres over hele vinterperioden.

Da krav om tidsfristforlængelse kun kan rejses, hvis antallet af dage med vejr værre end "tærskelværdien" overskrider antallet af "referencedage", vil tidsfristforlængelse på grund af usædvanligt vejrlig kun komme i betragtning i meget ringe omfang.

Dette underbygges af oplysningerne i spørgetemaet pkt. 20. Her er ud fra vejrdata fra Dansk Meteorologisk Institut for de sidste ca. 50 år beregnet den maksimale gennemsnitlige tidsfristforlængelse, en entreprenør kan opnå, som reglerne for eventuel tidsfristforlængelse på grund af usædvanligt vejrlig er udformet i udbudsmaterialet.

Den maksimale gennemsnitlige tidsfristforlængelse er beregnet til:
For temperatur 6 dage i perioden december til marts og for isforekomst 3 dage pr. vinter.

Besvarelse af spørgsmål VIII i:

Med definitionen på vinterperioden som perioden oktober til og med april, vil vejrføl-somme arbejder kun i ubetydeligt omfang kunne flyttes udenfor vinterperioden. Den reelle vejrligsrisiko for et arbejde afhænger dog i meget høj grad, hvornår i vinterperioden arbejdet skal udføres. Som eksempel derpå har jeg nedenfor vurderet risikoen for, at opfyldningsarbejderne bliver udsat for en isvinter.

Som angivet i mit svar på spørgsmål III nødvendiggør overholdelsen af mellemtermin nr. 2 (31. december 2004) og nr. 3 (11. januar 2005) efter min vurdering, at uddybning og opfyldning skal være afsluttet 11. januar 2005 som forudsat i udbudstidsplanen Dansk Meteorologisk Institut definerer i bilag SS8 ii en isvinter som en vinter, hvor alle fire statsisbrydere sættes ind. Det ses af tabel 6 i bilag SS7, at dette altovervejende sker fra midt i januar til ind i februar.

Selv om størstedelen af arbejderne med anlæg af den kunstige ø ved opfyldning med fyldsand, strandsand og materialer fra uddybningen skal udføres i vinterperioden, skal disse arbejder således være afsluttede, inden der er en statistisk risiko for isvinter.

Besvarelse af spørgsmål VIII ii.

Det vil være et rent gæt fra min side at sætte tal på den sandsynlige forsinkelse, såfremt der i perioden oktober til april inklusive ikke iværksættes ikkeoverenskomstmæssige vinterforanstaltninger. Det er dog min vurdering, at der vil blive tale om en væsentlig forsinkelse af flere måneders varighed.

Spørgsmål IX:

Skønsmanden bedes vurdere, om den udbudte entreprise, som følge af (i) det udbudte arbejde, (ii) den angivne udførelsesperiode, jf. punkt 4 ovenfor og/eller (iii) udførelsesstedet (i strandkant til Øresund) entreprenørfaglig og vandbygningsteknisk kan karakteriseres som en

- a. *entreprise (i) af særlig beskaffenhed eller (ii) ikke af særlig beskaffenhed,*
- b. *(i) ualmindelig entreprise eller (ii) almindelig entreprise og/eller*
- c. *(i) kompliceret entreprise eller (ii) ukompliceret entreprise.*

Besvarelse af spørgsmål IX:

Min vurdering er, at Hovedentreprisen kan karakteriseres som værende:

- a. af særlig beskaffenhed
- b. ualmindelig
- c. kompliceret

Spørgsmål X:

Skønsmanden bedes vurdere, om den udbudte entreprise, på grundlag af (i) det udbudte arbejde, (ii) den angivne udførelsesperiode, jf. punkt 4 ovenfor, og/eller (iii) udførelsesstedet (i strandkant til Øresund) må anses for udsat for vejrforhold/vejrlig inklusive

nedbør i form af regn og/eller sne, herunder i vinterperioden (01.10-30.04), i (x) ubetydelig, (y) moderat eller (z) betydelig grad.

Besvarelse af spørgsmål X:

Min vurdering er, at Hovedentreprisen er udsat for vejrforhold/vejrlig inklusive nedbør i form af regn og/eller sne i betydelig grad.

Spørgsmål XI:

Skønsmanden bedes vurdere, hvorvidt der findes en entydig standard eller praksis ved udbud af tilsvarende offentlige vandbygnings- og anlægsentrepriser til at prissætte den økonomiske og tidsmæssige risiko for alle de foranstaltninger, der kan blive nødvendige at iværksætte for at kunne holde en entreprise af tilsvarende type, omfang og udførelsesperiode i gang i vinterperioden.

Besvarelse af spørgsmål XI:

Min vurdering er, at der ved udbud af offentlige vandbygnings- og anlægsentrepriser af tilsvarende type og omfang og med tilsvarende udførelsesperiode som Hovedentreprisen ikke findes en entydig standard eller praksis til at prissætte den økonomiske og tidsmæssige risiko for alle de foranstaltninger, der kan blive nødvendige at iværksætte for at kunne holde entreprisen i gang i vinterperioden.

En prissætning af de nødvendige foranstaltninger for et bestemt vandbygnings/anlægsarbejde må efter min mening baseres på konkrete forudsætninger for netop dette arbejde med hensyn til valg af arbejdsmetode, indsats af mandskab og indsats af materiel. ”

Dansk Byggeri har til brug for Højesteret afgivet en brancheerklæring af 17. marts 2010. I erklæringen hedder det bl.a.:

”Spørgsmål c er således lydende:

”Det bedes i forbindelse med besvarelsen af spørgsmål a. blandt andet angivet, hvorvidt en eller flere af de omhandlede begreber for vinterforanstaltninger også omfatter foranstaltninger mod nedbør, slud og/eller regn.”

Dansk Byggeris svar på spørgsmål c:

Såvel overenskomstmæssige vinterforanstaltninger som ikke overenskomstmæssige vinterforanstaltninger omfatter foranstaltninger mod nedbør.

...

Som det fremgår af ovenstående kan nedbør være årsag til mange vinterforanstaltninger. Hertil kommer, at kombinationen af nedbør med andre vejrligssituationer ofte kan have en skadelig effekt på anlægsarbejder, hvis man ikke ved effektive vinterforanstaltninger har tænkt på at imødegå situationen, før den opstår. Skader som følge af erosion, oversvømmelser, opblødning, vandmætning af jord mv. er ikke ukendte fænomener ved store anlægsarbejder.

Særskilt bemærkes, at det af Klagenævnets kendelse fremgår, at jordarbejderne, som denne sag vedrører, forudsattes gennemført umiddelbart efter årsskiftet 2004/2005.

Ifølge ovenstående, er der derfor en betydelig risiko for, at der skal anvendes store udgifter til vejrligsforanstaltninger, herunder foranstaltninger forårsaget af nedbør.”

Statsautoriseret revisor Harald Birkwald og statsautoriseret revisor Claus Lindholm Jacobsen har den 21. december 2006 afgivet en erklæring, hvoraf bl.a. fremgår følgende:

”Som generalforsamlingsvalgte revisorer for Per Aarsleff A/S skal vi efter anmodning erklære os om, hvorvidt den af Per Aarsleff A/S udarbejdede opgørelse af dækningsbidrag for Per Aarsleff A/S’ anlægsafdeling for så vidt angår arbejder udført i Danmark, dateret den 30. marts 2006, udvisende en dækningsgrad for Danmark i alt for regnskabsåret 2002/2003 på 7,9, for 2003/2004 på 9,1 og for 2004/2005 på 9,3 er udarbejdet i overensstemmelse med selskabets interne regnskaber og entrepriseregnskaber, der er anvendt som grundlag for selskabets reviderede årsrapporter, samt efter angivet forholdsmæssig fordeling af maskinresultat.

...

Vi kan erklære, at den af ledelsen udarbejdede dækningsbidragsopgørelse, jf. vedlagte bilag 17, er i overensstemmelse med selskabets interne regnskaber og entrepriseregnskaber, der er anvendt som grundlag for selskabets reviderede årsrapporter for 2002/2003, 2003/2004 og 2004/2005, samt efter den angivne forholdsmæssige fordeling af maskinresultat i bilag 17.”

Det er oplyst, at Per Aarsleff A/S’ resultat af primær drift i årene 2002/2003, 2003/2004 og 2004/2005 har været henholdsvis 1,2 %, 2,3 % og 2,5 % af nettoomsætningen.

Forklaringer

Der er for Højesteret afgivet supplerende forklaring af Jesper Jacobsen og forklaring af Lars Carlsen.

Jesper Jacobsen har forklaret bl.a., at han kan godkende sin forklaring som gengivet i landsrettens dom, dog med den præcisering, at det nævnte beløb på ca. 12,4 mio. kr. til vinterforanstaltninger var den beregning, som Per Aarsleff A/S udarbejdede i forbindelse med sagen for Klagenævnet for Udbud. Hans forklaring vedrører således ikke, hvilken pris for vinterforanstaltninger Per Aarsleff A/S havde indlagt i sit eget tilbud, men alene, at man havde beregnet, hvilket beløb der måtte lægges oven i Hoffmanns tilbud som følge af, at Hoffmann havde taget et standardforbehold vedrørende vinterforanstaltninger.

Per Aarsleff A/S havde grundlæggende overvejet, om standardforbeholdet kunne tages, men vurderede, at et sådant forbehold ikke ville være konditionsmæssigt, og derfor blev det ikke taget. Per Aarsleff A/S vurderede, at standardforbeholdet var grundlæggende i strid med udbudsmaterialet. Problemet med standardforbeholdet i forhold til den konkrete tilbudsgivning var, at der i standardforbeholdet var indeholdt en mulighed for fristforlængelse. Dette var imidlertid ikke en mulighed, der forelå i udbudsmaterialet. Det var derfor ikke konkret muligt at prisfastsætte forbeholdet.

Lars Carlsen har forklaret bl.a., at han er direktør i Per Aarsleff A/S. Han var involveret i tilbudsgivningen vedrørende Amager Strandpark, men det var Ole Rask, der var udpeget til at foretage de konkrete beregninger. Derudover var der udpeget 2 ingeniører. De 2 ingeniører sørgede for at udarbejde en strategi for indkøb af materialer og underentrepriser samt en tidsplan for tilbuddet. Da den interne kalkule var udarbejdet, blev der til sidst afholdt et møde, hvor kalkulationen blev gennemgået, og hvor der skete rettelser vedrørende underentrepriser og materialer. Derefter blev der udregnet en kostpris for de enkelte elementer, hvortil der blev lagt risiko- og dækningsbidrag. Per Aarsleff A/S har nogle retningslinjer for størrelsen af dækningsbidraget. Sædvanligvis består dækningsbidraget af 5-6 % til dækning af administrationsomkostninger, hvortil der lægges en avance på omkring 5 %. Tallene er afhængige af konkurrencesituationen, og hvor vigtig opgaven er for Per Aarsleff A/S.

Man vurderede, at standardforbeholdet ikke ville være konditionsmæssigt, idet det grundlæggende var i strid med udbudsmaterialet. Per Aarsleff A/S valgte derfor i stedet at indregne vinterforanstaltninger i tilbuddet. Vinterforanstaltningerne blev indarbejdet på de enkelte poster i tilbuddet, således at man tog højde for de vejsituationer, der kunne opstå på det konkrete tidspunkt, hvor opgaven skulle udføres. Der blev således i de enkelte poster taget højde for vinterforanstaltninger og for, at der kunne komme en vinter med is. For eksempel blev der i relation til opgaven med uddybning til lagune indregnet omkostninger til opgravning af frostskorpe, og i forhold til sandudpumpning gjorde man sig overvejelser om, hvordan man holdt farvandet omkring anlægspladsen fri for is. Hvis der havde været tyk is eller store flager af drivis ved anlægspladsen i Amager Strandpark, ville det have krævet en slæbebåd til at knuse isen, idet det ellers ikke ville have været muligt at pumpe sand. Han kan ikke udtale sig om, hvilken samlet udgift vinterforanstaltninger blev indarbejdet med i Per Aarsleff A/S' eget tilbud, idet udgiften hertil løbende blev indregnet post for post. Det er dog hans vurdering, at

der var tale om et anseligt millionbeløb, formentlig op imod et tocifret millionbeløb. Han beskrev og instruerede Ole Rask i, hvilke foranstaltninger de enkelte vejr-situationer kunne give anledning til, hvorefter Ole Rask foretog den konkrete beregning. Han inkorporerede ikke beregninger omkring vind, strøm eller tåge, selvom vind, men dog ikke strøm eller tåge, kunne udgøre et problem på Amager Strandpark projektet. Han tog således afsæt i de mest væsentlige vejr-betingelser.

I forbindelse med afgivelse af tilbuddet mente Per Aarsleff A/S sig godt stillet i feltet af tilbudsgivere, fordi man havde det rette materiel og den rette erfaring. Dækningsbidraget var fastsat i normalt leje for opgaver, som Per Aarsleff A/S gerne ville have, dvs. i et leje på ca. 10 %.

Højesterets begrundelse og resultat

Anlægsarbejdet vedrørende Amager Strandpark omfattede ifølge udbudsbetingelserne tre hovedelementer: 1) en ø (ca. 34 ha) med badestrand langs den østlige afgrænsning, 2) en lagune og i tilknytning hertil åbne forbindelser til Øresund mod nord og syd, sidstnævnte via kanal/anløbshavn, samt 3) den eksisterende Amager Strandpark. Hovedentreprisen skulle udføres i tidsrummet fra april, alternativt juli, 2004 til juli 2005.

På grundlag af den sagkyndige erklæring lægger Højesteret til grund, at hovedentreprisen var af særlig beskaffenhed og var kompliceret, at en væsentlig del af hovedentreprisen skulle udføres i vinterperioden, at der var tale om en stram og ufleksibel tidsplan, samt at hovedentreprisen i betydelig grad var udsat for vejrlig, herunder nedbør.

I udbudsbetingelserne var AB 92 § 24 om entreprenørens ret til tidsfristforlængelse erstattet af særlige definitioner for vejrlige parametre, som indebar, at nedbør ikke kunne medføre fristforlængelse, og at andre vejrforhold kun i meget begrænset omfang ville kunne begrunde fristforlængelse. Samtidig var det bestemt, at alle nødvendige vejrligsforanstaltninger, inklusive udvidede vinterforanstaltninger, skulle være indeholdt i tilbuddet. Udbudsbetingelserne indebar således, at den økonomiske risiko for vejrlig i alt væsentligt skulle bæres af entreprenøren. Dette vilkår må – sammenholdt med opgavens omfang og karakter – anses for et grundlæggende element i udbudsbetingelserne.

Hoffmann/Boskalis JV angav i sit tilbud, at Dansk Byggeris Standardforbehold af marts 2001 skulle være gældende. Efter pkt. 5 i disse forbehold skal udgifter til snerydning og ikke-overenskomstmæssige vinterforanstaltninger betales særskilt som ekstraarbejder, og afviser bygherren at betale disse merudgifter, har entreprenøren ret til tidsfristforlængelse og i visse tilfælde betaling af stilstandsomkostninger. Ved dette forbehold blev den økonomiske risiko for vinterforanstaltninger i vidt omfang pålagt bygherren.

Da pkt. 5 i Dansk Byggeris Standardforbehold således var i strid med et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, var Amager Strandpark I/S i medfør af den udbudsretlige lighedsgroundsætning, jf. artikel 6, stk. 6, i det dagældende rådsdirektiv 93/37, forpligtet til at se bort fra Hoffmann/Boskalis' tilbud.

Det er herefter unødvendigt at tage stilling til betydningen af de øvrige forbehold, som var indeholdt i Dansk Byggeris Standardforbehold.

Det følger af det anførte, at Amager Strandpark var forpligtet til ikke at tage tilbuddet fra Hoffmann/Boskalis i betragtning, selv om forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger i pkt. 5 i Dansk Byggeris Standardforbehold måtte kunne prissættes på en tilstrækkelig saglig og objektiv måde. Højesteret finder dog anledning til at bemærke, at en sådan prissætning under alle omstændigheder måtte tage udgangspunkt i, at det beregnede beløb med sikkerhed eller i hvert fald med en høj grad af sikkerhed skulle kunne dække den tillægsbetaling, som forbeholdet ville kunne indebære for bygherren. Prissætningen af forbeholdet kunne derfor ikke som anført i bilag 5 til Amager Strandparks tilbudsvurdering beregnes på grundlag af "traditionelt niveau for prissætningen af vinterforanstaltninger" eller som anført af COWI i dennes vurdering af 25. november 2004 på grundlag af en "normalvinter". Det må derfor antages, at de prissætninger af forbeholdet, som blev foretaget af Amager Strandpark og efterfølgende af COWI, var væsentligt for lave, når det drejede sig om at sikre, at Hoffmann/Boskalis ikke skulle kunne få en fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere ved at tage forbeholdet.

Højesteret finder, at Amager Strandpark efter karakteren af overtrædelsen af udbudsreglerne har handlet ansvarspådragende over for Per Aarsleff A/S.

Det er ubestridt, at Per Aarsleff A/S ville have fået tildelt entreprisen, hvis tilbuddet fra Hoffmann/Boskalis var blevet afvist.

Per Aarsleff A/S har herefter krav på erstatning for sit tab i form af mistet fortjeneste. Ved fastsættelsen af erstatningens størrelse må der bl.a. tages hensyn til usikkerheden med hensyn til, om virksomheden faktisk kunne have realiseret det forventede dækningsbidrag, og usikkerheden med hensyn til, i hvilket omfang opgaven havde nødvendiggjort en kapacitetsudvidelse og dermed en forøgelse af de faste omkostninger. Erstatningen for mistet fortjeneste fastsættes herefter skønsmæssigt til 8 mio. kr. Der er ikke grundlag for herudover at yde erstatning for de lønudgifter mv., som er medtaget i Per Aarsleff A/S' erstatningsopgørelse.

Per Aarsleff A/S' påstande tages herefter til følge, dog således at erstatningen fastsættes til 8 mio. kr.

Sagsomkostningerne for begge retter fastsættes til i alt 947.500 kr. Beløbet omfatter 500.000 kr. til dækning af advokatudgift, 375.500 kr. til dækning af retsafgift og 72.000 kr. til dækning af udgift til den sagkyndige erklæring.

Thi kendes for ret:

Amager Strandpark I/S skal anerkende at have handlet i strid med udbudsdirektiv 93/37 af 14. juni 1993 artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at have tildelt den udbudte kontrakt vedrørende anlæg af Amager Strandpark til Hoffmann/Boskalis JV.

Amager Strandpark I/S skal anerkende at have handlet i strid med udbudsdirektiv 93/37 af 14. juni 1993 artikel 6, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at have valgt at kontrahere den udbudte entreprise vedrørende anlæg af Amager Strandpark til anden side end ved tildeling til Per Aarsleff A/S.

Amager Strandpark I/S skal til Per Aarsleff A/S betale 8.000.000 kr. med rente efter renteloven fra den 6. maj 2004.

I sagsomkostninger for landsret og Højesteret skal Amager Strandpark I/S betale 947.500 kr. til Per Aarsleff A/S.

De idømte beløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse. Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.