

K E N D E L S E

DUBA-B8 A/S
(advokat Henrik Holtse, København)

mod

DONG Energy Oil & Gas
(selv)

Den 25. november 2013 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1d, 1e, 1h, 1i, 8 og 9. Denne kendelse omhandler klagerens erstatningspåstande.

Sagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har i et processkrift, som er modtaget den 1. november 2013, nedlagt følgende påstande om erstatning:

Påstand 12

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 9.423.609 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra den 1. november 2013.

Påstand 13 (subsidiær i forhold til påstand 12)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 40.400 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra den 1. november 2013.

Påstand 12 vedrører erstatning for positiv opfyldelsesinteresse og påstand 13 erstatning for negativ kontraktinteresse. Beløbene er opgjort eksklusiv moms.

Indklagede har påstået frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb.

Baggrund

Kendelsen af 25. november 2013 omhandlede spørgsmålet, om tilbuddet fra Holmris A/S var konditions-mæssigt, bl.a. i påstand 1, der lød:

»Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51, stk. 3, samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have taget tilbud fra Holmris A/S i betragtning, uagtet dette tilbud ikke overholdt de tekniske mindstekrav, herunder på følgende punkter:

...

d) ID nr. 3.4.1, 3.4.8 og 3.4.12, fordi de af Holmris A/S tilbødte opbevaringsmøbler afviger fra de i kravspecifikationen ufravigelige dimensioner, samt for alle de af Holmris A/S tilbødte opbevaringsmøbler (ID 3.4.1 – 3.4.12), fordi de ikke som krævet er tilbødte at kunne leveres med både push-åbning og med greb.

... «

Under skriftvekslingen gjorde klageren bl.a. gældende:

»...det fremgår af svar på spørgsmål 25..., at en tilbudsgiver skal kunne levere lågerne både med push-åbning og med greb. I det af Holmris tilbødte... er der tilbødte enten push-åbning eller med greb, dvs. ikke begge muligheder som var et mindstekrav«.

Indklagede erkendte under sagens behandling:

»at have handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at have taget tilbuddet fra Holmris A/S i betragtning uagtet at dette tilbud ikke overholdt de tekniske mindstekrav, idet ID 3.4.1, 3.4.2 og 3.4.5 ikke som krævet er tilbødte leveret med både push-åbning og med greb.«

Ved kendelsen af 25. november 2013 udtalte klagenævnet følgende:

»Indklagede har erkendt, at det vindende tilbud på en række punkter ikke opfylder de mindstekrav, som fremgår af kravspecifikationen. Indklagede har tillige erkendt, at evalueringen af tilbuddene i relation til de kvalitative underkriterier er sket i strid med udbudsreglerne som anført ad påstand 8 og 9. Indklagede har endelig erkendt, at betingelserne for at annullere tildelingsbeslutningen på dette grundlag er opfyldt.

Klagenævnet er enig med parterne i, at de erkendte overtrædelser skal medføre, at tildelingsbeslutningen annulleres som påstået.

Det bemærkes, at overtrædelserne omfattet af påstand 1 d), 1. led, 1 e), 1 h) og 1 i), ikke er så bagatelagtige, at de ikke også samlet set ville have kunnet føre til annulation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet tager ikke herudover stilling til klagen.«

Klagenævnet konstaterede herefter, at indklagede under udbuddet havde overtrådt EU-udbudsreglerne således:

»Ad påstand 1d)

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51, stk. 3 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have taget tilbuddet fra Holmrís A/S i betragtning, uagtet dette tilbud ikke overholdt de tekniske mindstekrav ID nr. 3.4.1, 3.4.8 og 3.4.12, fordi de af Holmrís A/S tilbødte opbevaringsmøbler afviger fra kravspecifikationens ufravigelige dimensioner, og fordi alle de af Holmrís A/S tilbødte opbevaringsmøbler (ID 3.4.1 – 3.4.12) ikke som krævet er tilbudt leveret med både push åbning og greb.

Ad påstand 1e)

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51, stk. 3 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have taget tilbuddet fra Holmrís A/S i betragtning, uagtet dette tilbud ikke overholdt det tekniske mindstekrav ID nr. 3.5.1, fordi den af Holmrís A/S tilbødte mødestol afviger fra de i kravspecifikationens ufravigelige dimensioner.

Ad påstand 1h)

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51, stk. 3 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have taget tilbuddet fra Holmrís A/S i betragtning, uagtet dette tilbud ikke overholdt de tekniske mindstekrav ID nr. 3.6.6, 3.6.7 og 3.6.8, fordi de af Holmrís A/S tilbødte whiteboards afviger fra kravspecifikationens ufravigelige dimensioner.

Ad påstand 1 i)

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51, stk. 3 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have taget tilbuddet fra Holmris A/S i betragtning, uagtet dette tilbud ikke overholdt det tekniske mindstekrav ID nr. 3.7.1, fordi den af Holmris A/S tilbudte caféstol afviger fra kravspecifikationens ufravigelige dimensioner.

Ad påstand 8

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 55 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have evalueret tilbuddene i forhold til hinanden, hvad angår underkriteriet »Service, garanti og levering«.

Påstand 9

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 55 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have evalueret tilbuddene i forhold til hinanden, hvad angår underkriteriet »Design, funktionalitet og kvalitet«.

Indklagedes beslutning af 21. marts 2013 om at indgå kontrakt med Holmris A/S annulleres.«

I klagerens produktdatablad/prisliste til tilbuddet er det blandt andet anført:

»

ID nr.	Betegnelse	Tilbudsgivers produkt nr.	Tilbudsgivers produktbeskrivelse inkl. varemærke mv.	Pris, pr. stk.
...	...	...	...	...
3.4	Opbevaringsmøbler			
3.4.1	Lav rullemarie	...	Lav Trolley model 2 m/push ekstra hvidpigmenteret ahorn inkl. topplade	...
3.4.2	Høj rullemarie	...	Høj Trolley model B m/push ekstra hvidpigmenteret ahorn inkl. topplade	...
...	...	...	...	...
3.4.5	Lav rullemarie	...	Lav Trolley model 2 m/greb ahorn inkl. topplade	...

«

Af klagerens produktoversigt, som foruden en beskrivende tekst om hvert enkelt møbel viser fotos af klagerens produkter, der understøtter beskrivelsen, fremgår det blandet andet vedrørende 3.4.1, 3.4.2 og 3.4.5:

»...

3.4 Opbevaringsmøbler - 3.4.1 Lav Rullemaie

...

2 stk. stor skuffe: Placeret nederst push åbning og m lås

...

Lille skuffe: Placeret øverst m. push åbning...

...

3.4 Opbevaringsmøbler - 3.4.2 Høj Rullemaie

...

Stor skuffe: Placeret nederst m. push åbning...

...

Lille skuffe: Placeret øverst m. push åbning...

...

3.4 Opbevaringsmøbler - 3.4.5 Lav Rullemaie

...

2 stk. stor skuffe: Placeret nederst med bøjet metalgreb og med lås

...

Lille skuffe: Placeret øverst m. bøjet metalgreb«

Klageren har opgjort sit krav på erstatning for positiv opfyldelsesinteresse med udgangspunkt i den forventede omsætning i henhold til kontrakten fordelt på hvert varenummer med efterfølgende beregning af avancen inden for hvert varenummer med klagerens avanceprocent og med fradrag af salgs- og distributionsomkostninger.

Klageren har opgjort sit krav på erstatning for negativ kontraktinteresse som udgifter i forbindelse med udarbejdelse af det første tilbud, efterfulgt af forhandling og udgifter i forbindelse med udarbejdelse af andet tilbud.

Parternes anbringender

Ad erstatningsgrundlaget og årsagsforbindelse:

Klageren har gjort gældende, at indklagede har overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 10 ved at tage tilbuddet fra Holmris A/S i betragtning, uanset at dette tilbud ikke var konditionsmæssigt.

Klageren var den eneste anden tilbudsgiver og ville derfor have fået tildelt kontrakten, hvis indklagede ikke havde taget tilbuddet fra Holmris A/S i betragtning. Det forhold, at klagerens tilbud var det eneste konditionsmæssige tilbud, kan efter fast praksis fra klagenævnet ikke føre til, at indklagede kan undgå erstatningsansvar med henvisning til en teoretisk mulighed for at have aflyst udbuddet med den begrundelse, at der kun var indkommet ét konditionsmæssigt tilbud. Indklagede har valgt at gennemføre og afslutte udbuddet og er derfor erstatningsansvarlig, fordi kontrakten uretmæssigt ikke blev tildelt klageren.

Klageren har bestridt, at klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt, fordi det ikke opfyldte de tekniske mindstekrav om både push-åbning og greb for så vidt angår ID 3.4.1, 3.4.2 og 3.4.5. Klageren har gjort gældende, at der utvivlsomt er tilbudt både push-åbning og greb for ID 3.4.5, da begge løsninger er afbilledet i klagerens produktblad, og at klageren tilsvarende tilbød begge muligheder for ID 3.4.1 og 3.4.2, da det fremgik af klagerens følgeskrivelse, at alle forhold i udbudsmaterialet var imødekommet.

Endvidere havde indklagede i svaret på spørgsmål 25 alene formuleret levering af begge løsninger for ID nr. 3.4.1, 3.4.2 og 3.4.5 som et »ønske«, hvorfor klagerens tilbud ikke er ukonditionsmæssigt, uanset om klagenævnet måtte finde, at det ikke fremgik med tilstrækkelig tydelighed i klagerens tilbud, at ID nr. 3.4.1 og 3.4.2 kunne leveres begge løsninger. Ligeledes understøtter indklagedes svar på spørgsmål 10, at et tilbud med push-åbning for ID 3.4.1 var tilstrækkeligt til at opfyldte indklagedes krav. Under alle omstændigheder er der tale om uvæsentlige forhold i forhold til det samlede tilbud.

Klageren har gjort gældende, at tabet må beregnes som anført.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud ikke opfyldte kravspecifikationens mindstekrav. Det gælder for ID numrene 3.4.1-3.4.4, hvor klageren udelukkende tilbød at levere med push-åbning, og ID numrene 3.4.5, 3.4.9, 3.4.11 og 3.4.12, der udelukkende blev tilbudt med greb. Klagerens tilbud var dermed ukonditionsmæssigt og kunne ikke lovligt have været taget i betragtning af indklagede. Der er dermed ikke årsagsforbindelse mellem indklagedes overtrædelser af udbudsreglerne og klagerens påståede tab.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at indklagede, såfremt klagerens tilbud som det eneste havde været konditionsmæssigt, ville have annulleret udbuddet på grund af manglende konkurrence om rammeaftalen og have iværksat et genudbud af kontrakten.

Indklagede har desuden bestridt klagerens opgørelse af sit krav.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Som det fremgår af klagenævnets kendelse af 25. november 2013, var der enighed mellem parterne om, at udbudsbetingelserne (herunder spørgsmål/svar) skulle forstås således, at de tilbudte opbevaringsmøbler med ID numrene 3.4.1, 3.4.2 og 3.4.5, krævedes leveret med både push-åbning og greb. Klagenævnet havde derfor ikke - således som påstandene var nedlagt, jf. herved lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 10, stk.1, - anledning til at tage stilling til, om kombinationen push-åbning og greb var et mindstekrav, men klagenævnet lagde parternes fælles forståelse herom til grund for afgørelsen.

Parterne er under klagenævnets efterfølgende behandling af et erstatningsspørgsmål bundet af den afgørelse, som klagenævnet har truffet om de angivelige overtrædelser. Parterne kan således ikke under behandlingen af erstatningsspørgsmålet få klagenævnet til at revurdere disse spørgsmål, og klagenævnets afgørelse vedrørende de angivelige overtrædelser må lægges til grund, når erstatningsspørgsmålet behandles. Dette samme gælder spørgsmålet om forståelsen i denne sag af udbudsbetingelserne vedrørende kombinationen af push-åbning og greb som et mindstekrav, også selvom den forståelse, som klagenævnet har lagt til grund ved den tidligere kendelse, er udtryk for, hvad parterne - dengang - var enige om.

Klagerens tilbud på ID numrene 3.4.1 og 3.4.2 (høj og lav rullemarie) er i produktdatabladet beskrevet som leveret med »push«. Det er ikke anført, at møblerne også har »greb«. Af den medsendte oversigt over møblerne, der foruden en beskrivelse af produkterne viser fotos af de pågældende produkter, fremgår, at ingen af opbevaringsmøblerne ID numrene 3.4.1 og 3.4.2 er forsynet med greb.

Da de ID numre 3.4.1 og 3.4.2, som klageren har tilbudt, således ikke lever op til de krav, som parterne har været enige om at forstå som mindstekrav, og klagerens tilbud derfor ikke skulle have været antaget af indklagede som konditionsmæssigt, tages klagerens påstande ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, DONG Energy Oil & Gas, frifindes.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig