

K E N D E L S E

Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen
(advokat Sarah Kathrine Strøm Pedersen og advokat Thomas Grønkær,
København)

mod

Region Hovedstaden
og
Region Midtjylland
(advokat Ea Meyer, København)

Den 15. april 2021 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1 - 4 i sagen. Ved klageskrift af 28. april 2021 nedlagde Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen (Dansk Uniform) påstande om erstatning. Påstandene om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Dansk Uniform har nedlagt følgende påstande:

Påstand 5

Region Hovedstaden og Region Midtjylland skal in solidum til Dansk Uniform betale 8.437.500 kr. med procesrente fra klagens indgivelse den 9. december 2020, subsidiært fra et senere tidspunkt fastsat af klagenævnet.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Region Hovedstaden og Region Midtjylland skal in solidum til Dansk Uniform betale 47.375 kr. med procesrente fra klagens indgivelse den 9. december 2020, subsidiært fra et senere tidspunkt fastsat af klagenævnet.

Påstand 5 dækker Dansk Uniforms positive opfyldelsesinteresse, mens påstand 6 er udtryk for den negative kontraktinteresse.

Region Hovedstaden og Region Midtjylland har påstået frifindelse og har bestridt kravenes opgørelse.

Dansk Uniform har opgjort sit krav i påstand 5 således:

| Post | Resultat (DKK) | Beløb | Procent (%) |
|------|---|---------------------------|-----------------|
| 1 | Forventet omsætning | 25.000.000 kr. | 100,00 % |
| 1.1 | Budgettede indkøbsomkostninger | 16.237.500 kr. | |
| 1.2 | Budgettede omkostninger til systue, tryk og broderi mv. | 90.000 kr. 150.000 kr. | |
| 1.3 | Øvrige omkostninger, herunder transportomkostninger | 85.000 kr. | |
| 2 | Budgettede omkostninger i alt | 16.562.500 kr. | 66,25 % |
| 3 | Dækningsbidrag i alt | 8.437.500 kr. | 33,75 % |
| 4 | Erstatningsbeløb (påstand 5) | 8.437.500 kr. | 33,75 % |

Dansk Uniform har opgjort sit krav i påstand 6 således:

| | Indehaver | Salgsassistent | Samlet timeantal |
|---|----------------------------|----------------|------------------|
| Lønomsøstninger | 20 timer | 15 timer | 35 timer |
| Tilbudsproduktion (ESPD, planlægning, kvalitative besvarelser, øvrige dokumenter) | 30 timer | 15 timer | 45 timer |
| Sortimentsudvælgelse | 25 timer | 10 timer | 35 timer |
| Vareprøver, herunder vask, klargøring mv. | 10 timer | 20 timer | 30 timer |
| Samlet timeantal | 85 timer | 60 timer | 145 timer |
| Medarbejderomkostning i alt | Timeomkostning: 300,00 kr. | | I alt 43.500 kr. |

| Omkostninger ved vareprøve | Indkøb | Vasketest | Transport | Samlet |
|----------------------------|--------|-----------|-----------|--------|
| | | | | |

| | | | | |
|-----|--------------------------------|--------------|-------------|-----------|
| Kr. | 0 kr. (er kommet ubrugt retur) | 25 x 125 kr. | 10 x 75 kr. | 3.875 kr. |
|-----|--------------------------------|--------------|-------------|-----------|

| | |
|---------------------------------------|------------|
| Forgæves afholdte tilbudsomkostninger | I alt kr. |
| Medarbejderomkostninger | 43.500 kr. |
| Vareprøveomkostninger | 3.875 kr. |
| I alt | 47.375 kr. |

Af Dansk Uniforms vedlagte revisorerklæring fremgår bl.a. følgende:

”Vores arbejde er udført i overensstemmelse med den med internationale standard om aftalte arbejdshandlinger vedrørende regnskabsmæssige oplysninger og yderligere krav ifølge dansk revisorlovgivning. Arbejdshandlingerne blev udelukkende udført med det formål at kunne afgive erklæring over for Klagenævnet for udbud til brug for opgørelse af erstatningen i sagen med j.nr. 20/14198, og er opsummeret som følger:

1. Vi har sammenholdt omsætningen i årsrapport 2018, 2019 og 2020 med det i den aflagte årsrapport anførte, som vi har assisteret med udarbejdelse og opstilling af.
2. Vi har sammenholdt vareforbruget inkl. fragt og ex. omkostninger til systue i årsrapport 2018, 2019 og 2020 med det i den aflagte årsrapport anførte, som vi har assisteret med udarbejdelse og opstilling af.

| | 2018 | | 2019 | | 2020 | |
|--------------|-------------------|---------|-------------------|---------|-------------------|---------|
| Omsætning | 6.478.243 | 100,00% | 7.446.014 | 100,00% | 7.044.121 | 100,00% |
| Vareforbrug | <u>-3.147.369</u> | -48,58% | <u>-3.601.754</u> | -48,37% | <u>-3.390.904</u> | -48,14% |
| Dækningsgrad | <u>3.330.874</u> | 51,42% | <u>3.844.260</u> | 51,63% | <u>3.653.217</u> | 51,86% |

Vi har fundet følgende forhold:

- a) Med hensyn til punkt 1 fandt vi, at der er overensstemmelse mellem omsætningen i årsrapporten 2018, 2019 og 2020 og opstillingen.
- b) Med hensyn til punkt 2 fandt vi, at der er overensstemmelse mellem vareforbruget inkl. fragt og ex. omkostninger til systue i årsrapporten 2018, 2019 og 2020 og opstillingen.

Idet ovennævnte arbejdshandlinger hverken er revision eller review i overensstemmelse med internationale standarder om revision eller om

review og yderligere krav ifølge dansk revisorlovgivning, udtrykker vi ikke nogen grad af sikkerhed.
...”

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 105-275753 offentliggjort den 2. juni 2021 udbød Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Sjælland og Region Hovedstaden som fællesudbud levering af uniformer til præhospitalet, det såkaldte første genudbud. Den anslåede værdi var anført til 65.312.000 kr. Som krav til tilbudsgivernes finansielle og økonomiske kapacitet var bl.a. anført en årsomsætning på 40 mio. kr. og en egenkapital på 15 mio. kr.

Dette udbud blev annulleret, da regionerne opdagede, at der var sket en regnefejl, som medførte en for høj kontraktværdi. Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 121-318020 blev et nyt genudbud herefter offentliggjort den 25. juni 2021. Den anslåede værdi var anført til 24,5 mio. kr., og kravet til tilbudsgivernes årsomsætning var 32 mio. kr., mens kravet til egenkapitalen fortsat var 15 mio. kr.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 15. april 2021 konstaterede klagenævnet, at regionerne under udbuddet har overtrådt udbudsloven således:

”Region Hovedstaden og Region Midtjylland har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved uden saglig grund at have annulleret udbuddet vedrørende en rammeaftale om indkøb af beklædning til akutberedskabet i Region Midtjylland og Region Hovedstaden. ”

Klagenævnet annullerede regionernes beslutning af 23. november 2020 om at aflyse udbuddet og erklærede den kontrakt, som Region Midtjylland havde indgået med Hoffmann Firmatøj A/S medio december 2020 om levering af beklædning til akutberedskabet i perioden fra den 1. december 2020 til den 1. april 2021, for uden virkning.

Endelig fastsatte klagenævnet den økonomiske sanktion, som Region Midtjylland skulle betale til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, til 100.000 kr.

Ad erstatningsgrundlaget:

Dansk Uniform har gjort gældende, at regionerne ved de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at regionerne efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlige over for Dansk Uniform, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

En ordregivers annullation vil normalt ikke være en overtrædelse af princippet om ligebehandling i udbudslovens § 2, da alle tilbudsgivere behandles ens. I denne sag, hvor Dansk Uniform har afgivet det mest fordelagtige tilbud, da Hoffmann Firmatøj A/S' tilbud var ukonditionsmæssigt, og hvor udbuddet blev annulleret for at undgå, at Dansk Uniform udførte opgaven, har virkningen af annullationen imidlertid ikke været ens for tilbudsgiverne. En sådan tilsidesættelse af princippet om ligebehandling er ansvarspådragende.

Hele formålet med udbudsreglerne er at fremme konkurrencen om offentlige opgaver og skabe lige adgang for virksomheder til at få del i de offentlige kontrakter. Regionerne har således ved at forsøge at omgå udbudsreglerne for at kunne indgå kontrakt med Hoffmann Firmatøj A/S tilsidesat princippet om ligebehandling i udbudslovens § 2, hvilket er ansvarspådragende.

Det forhold, at regionernes annullation reelt har afsat i, at regionerne ikke ønsker at indgå kontrakt med Dansk Uniform, understøttes ligeledes af det offentliggjorte udbudsmateriale for regionernes genudbud af 2. juni 2021 [første genudbud]. Af udbudsbetingelserne for dette udbud fremgår, at regionerne har fastsat minimumskrav til tilbudsgivernes gennemsnitlige årsomsætning, soliditetsgrad og egenkapital, som ikke har været gældende i de to forudgående udbud. Regionerne har således udarbejdet genudbuddet på en sådan måde, at Dansk Uniform er udelukket fra at deltage i udbuddet, hvilket Dansk Uniform allerede gjorde opmærksom på under skriftvekslingen frem til kendelsen af 15. april 2021. Dansk Uniforms eneste mulige kompensation for regionernes overtrædelser af udbudsloven er derfor erstatning. De økonomiske krav er netop fastsat således, at Hoffmann Firmatøj A/S præcis kan opfylde dem.

Dansk Uniform har derudover konstateret, at regionerne under genudbuddet har fastsat en række krav, som også i høj grad er tilpasset produkter fra Mascot, som er Hoffmann Firmatøj A/S' underleverandør. Der er således meget, der taler for, at genudbuddet er skræddersyet til Hoffmann Firmatøj A/S.

Dansk Uniform har vedrørende *påstand 5* nærmere gjort gældende, at virksomheden, hvis regionerne ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne og dermed erstatningspådragende, ville have fået den udbudte kontrakt, og at virksomheden derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Dansk Uniform har nærmere gjort gældende, at regionerne ikke kunne have taget det ukonditionsmæssige tilbud fra Hoffmann Firmatøj A/S i betragtning, og at Dansk Uniform derved var den rette vinder af udbuddet, da Dansk Uniform havde afgivet det bedste tilbud ud fra regionernes tilbudsvurdering.

Regionernes ansvarspådragende handling har dermed forhindret Dansk Uniform i at få tildelt den udbudte kontrakt, hvorfor Dansk Uniform har krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Det påhviler regionerne at sandsynliggøre, at regionerne ville have annulleret udbuddet som følge af, at Dansk Uniform var eneste konditionsmæssige tilbudsgiver, jf. Højesterets dom gengivet i U2012.2952. Da forskellen i pointtildelingen til Dansk Uniform og Hoffmann Firmatøj A/S var meget beskedent, og da de igangværende kontrakter stod foran udløb, har regionerne ikke løftet denne bevisbyrde.

Dansk Uniform har vedrørende *påstand 6* gjort gældende, at virksomheden i hvert fald har krav på at få dækket sit tab opgjort som de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden under udbuddet afgav tilbud, og at Dansk Uniform således har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse.

Dansk Uniform ville ikke have deltaget i udbuddet, hvis Dansk Uniform havde haft kendskab til regionernes senere overtrædelser, og Dansk Uniforms udgifter til tilbudsudarbejdelse har under alle omstændigheder været spildt som en direkte følge af regionernes ansvarspådragende adfærd.

Region Hovedstaden og Region Midtjylland har gjort gældende, at de fastslåede overtrædelser af udbudsreglerne ikke indebærer, at regionerne efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlige over for Dansk Uniform.

At regionernes annullation af udbuddet var usaglig, er ikke det samme som, at regionerne ikke af saglige årsager kunne annullere udbuddet.

Da klagenævnet ved kendelsen af 15. april 2021 fastslog, at tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S ikke var konditionsmæssigt, annullerede regionerne [på ny] den 10. maj 2021 udbuddet som følge af den manglende konkurrence, som kun ét konditionsmæssigt tilbud er udtryk for. Denne annullation er saglig.

At regionerne i første omgang har foretaget annullation med en ukorrekt begrundelse, kan på den baggrund ikke antages at være en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse til, at regionerne har handlet culpøst. Der er således ikke det fornødne ansvarsgrundlag.

Efter klagenævnets praksis er det desuden en betingelse for erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, at det er bevist, at den forbigåede tilbudsgiver ville have fået kontrakten, hvis ordregiveren ikke havde overtrådt udbudsreglerne.

Det påhviler dermed Dansk Uniform at dokumentere, at kontrakten ville være blevet tildelt Dansk Uniform, hvis ikke regionerne havde annulleret udbuddet med den oprindelige begrundelse. Denne bevisbyrde kan Dansk Uniform ikke løfte.

Regionerne havde med klagenævnets annullation af annullationsbeslutningen pligt til at tage stilling til spørgsmålet om annullation på ny. Regionerne har i den forbindelse annulleret udbuddet med den begrundelse, at der ikke forelå tilstrækkelig konkurrence. Allerede af denne grund foreligger der ikke årsagsforbindelse mellem den usaglige annullation og det hævdede tab.

Det samme vil være gældende, såfremt klagenævnet måtte finde, at afgørelsen skal træffes på grundlag af overvejelser af, hvad regionerne ville have gjort på tidspunktet for den oprindelige annullation af udbuddet, såfremt regionerne havde lagt til grund, at Hoffmann Firmatøj A/S' tilbud var ukonditionsmæssigt.

Dansk Uniforms formodning for, at virksomheden som den eneste tilbageværende tilbudsgiver vil få tildelt kontrakten, er både letkøbt og usandsynlig.

Regionerne har for det første ingen kontraheringspligt med den eneste tilbageværende konditionsmæssige tilbudsgiver, jf. klagenævnets kendelse af 19. januar 2017, Holmris & Flexform A/S mod Holbæk Kommune.

For det andet foretog regionerne annullationen i en situation, hvor regionerne lagde til grund, at der forelå to konditionsmæssige tilbud, et fra Hoffmann Firmatøj A/S og et fra Dansk Uniform. På den baggrund er det helt usandsynligt, at regionerne skulle ændre denne holdning og tildele kontrakten til Dansk Uniform, hvis regionerne havde lagt til grund, at kun tilbuddet fra Dansk Uniform var konditionsmæssigt.

Regionerne har med begge annullationer med al tydelighed dokumenteret, at regionerne under alle omstændigheder ville have annulleret udbuddet med henblik på genudbud i stedet for at tildele kontrakten til Dansk Uniform.

Regionerne bestrider ikke, at det er en udfordring for indkøbet af beklædning til akutberedskabet, at udbuddet blev annulleret, men det er ikke desto mindre, hvad der er sket. At de nuværende kontrakter om beklædning snart udløber, er således ikke noget argument for, at regionerne ville have vist tilbageholdenhed med at annullere udbuddet.

Dansk Uniform kan ikke lægge en omvendt bevisbyrde på regionerne ved blot at henvise til, at Dansk Uniform som eneste tilbageværende konditionsmæssige tilbudsgiver automatisk ville have fået tildelt kontrakten. Der er som bekendt ikke kontraheringspligt.

Dansk Uniform kan ikke løfte bevisbyrden for årsagsforbindelse ved blot at påpege, at kontraktperioden på de tidligere kontrakter om indkøb af beklædning til akutberedskabet nærmede sig sin afslutning, og at regionerne derfor pr. definition ville vise tilbageholdenhed med at annullere udbuddet, da det jo netop er det, der er sket, endda på et tidspunkt, hvor regionerne var af den opfattelse, at der var indkommet to konditionsmæssige tilbud. Regionerne har dermed på ingen måde vist tilbageholdenhed hermed; tværtimod har regionens annullation vist, at regionerne var villige til at lade udbuddet gå om med de udfordringer, som dette måtte få for tidsplanen for de ellers planlagte indkøb.

Det er regionernes forventning, at det genudbud, som regionerne har iværksat ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 105-275753 af 2. juni 2021 [første genudbud], vil være afsluttet i god tid, inden behovet for at indkøbe den største mængde beklædning til akutberedskabet indtræffer, og regionerne forventer desuden ikke, at der vil være behov for at købe yderligere beklædning af betydning til akutberedskabet, førend den genudbudte kontrakt kan træde i kraft.

At der er stillet økonomiske krav under genudbuddene er på ingen måde udtryk for et ønske om at afholde Dansk Uniform fra at afgive tilbud. Det er et sagligt og sædvanligt krav, at ordregiveren ønsker at indgå kontrakt med en samarbejdspartner, som har den fornødne soliditet og økonomiske formåen til at kunne håndtere en kontrakt i den størrelse.

Såfremt Dansk Uniform ikke på egen hånd kan opfylde de stillede krav, står det Dansk Uniform frit for at basere sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen. Dansk Uniform er derfor på ingen måde udelukket fra at deltage i den nye udbudsproces.

Derudover bestrider regionerne, at genudbuddene er skruet sammen på en sådan måde, at de kvalitative krav tilgodeser en specifik tilbudsgiver.

Ad erstatningskravet:

Dansk Uniform har vedrørende *påstand 5* gjort gældende, at det forhold, at den udbudte kontrakt var en rammeaftale, fører til, at det opgjorte tab må tage udgangspunkt i den forventede omsætning, det vil sige den omsætning, regionerne har angivet i udbudsbekendtgørelsen, jf. herved også klagenævnets kendelse af 9. april 2014, EFG Bondo mod Region Hovedstaden.

Regionerne har angivet en samlet værdi på 25.000.000 kr. over 4 år. Det savner derfor mening, at værdien af de første 2 år alene skulle være en tredjedel (8.077.192 kr. som anført af regionerne) af den samlede kontraktværdi. Det taler desuden klart imod, at kontraktværdien for 2 år skulle ligge på mellem 8-12,5 mio. kr., når regionerne i genudbuddet af 2. juni 2021 har fastsat en samlet værdi af rammeaftalen på over 65 mio. kr. Region Nordjylland og Region Sjælland deltog i udbuddet som optioner. De to regioner deltager nu i genudbuddet og ville derfor med stor sandsynlighed ligeledes have udnyttet den oprindelige rammeaftale.

Det opgjorte tab på 8.437.500 kr. er det dækningsbidrag, Dansk Uniform er gået glip af som direkte konsekvens af regionernes overtrædelse af udbudsreglerne.

Det opgjorte beløb er allerede fratrukket samtlige variable omkostninger, Dansk Uniform har sparet ved ikke at udføre kontrakten, og det savner derfor mening, når regionerne anfører, at Dansk Uniform skulle have yderligere udgifter i forbindelse med varetagelsen af opgaven.

Dansk Uniform har egenproduktion og skal således ikke anvende underleverandører til at udføre kontrakten. Ligeledes er lønomkostninger udeladt, da disse er uafhængige af den pågældende kontrakt.

At en dækningsgrad på 33,75% er sædvanligt for Dansk Uniform fremgår både af den fremlagte revisorerklæring samt af Dansk Uniforms årsrapporter fra de seneste 3 regnskabsår, hvoraf det fremgår, at Dansk Uniform de seneste 3 år har haft en dækningsgrad på 52%.

Dansk Uniform var derfor i stand til at afgive tilbuddet med den klart laveste pris, svarende til over en million kr. lavere end Hoffmann Firmatøj A/S'.

Dansk Uniform har krav på renter af erstatningskravet fra det tidspunkt, hvor Dansk Uniform begyndte retsforfølgningen af kravet, jf. rentelovens § 3, stk. 4. Tidspunktet for retsforfølgning var ved indlevering af klageskriftet til Klagenævnet for Udbud den 9. december 2020. Renter skal således regnes fra sagens anlæg, selvom påstand om erstatning først nedlægges senere, jf. bl.a. U.1999.1093/2V.

Region Hovedstaden og Region Midtjylland har vedrørende *påstand 5* gjort gældende, at Dansk Uniform ikke har ført bevis for, at virksomheden, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået kontrakten, og at Dansk Uniform heller ikke har ført bevis for, at det er overvejende sandsynligt, at virksomheden ville have fået kontrakten, og der er derfor ikke grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse.

Regionerne har nærmere anført, at tabsopgørelsen er udokumenteret. Den udbudte kontrakt var en rammekontrakt. Ganske vist fremgår det af udbudsbekendtgørelsen, at kontraktens værdi er 25 mio. kr. for en 4-årig periode, men

det fremgår samtidig af udbudsmaterialet, at den garanterede kontraktperiode var på 2 år, og at ordregiver havde mulighed for forlængelse i op til 2 år mere. Forlængelser skal ikke medregnes i opgørelsen af erstatningskravet, når det er uvist, om ordregiver vil udnytte muligheden herfor, jf. klagenævnets kendelse af 9. april 2014, EFG Bondo mod Region Hovedstaden.

Region Nordjylland og Region Sjælland deltog desuden i udbuddet på en option, og værdien af optionen skal heller ikke medregnes i Dansk Uniforms opgørelse af erstatningskravet.

Dansk Uniform har indsendt et samlet tilbud på 20.215.759 kr. inklusive optioner. Erstatningsopgørelsen kan derfor aldrig skulle tage udgangspunkt i den anslåede værdi på 25 mio. kr. i udbudsbekendtgørelsen.

Dækningsbidraget på den konkrete aftale må derfor tage udgangspunkt i Dansk Uniforms tilbudspris i forhold til forventet forbrug på aftalen fratrukket forlængelser og optioner, det vil sige 6.301.675 kr.

Den fremlagte revisorerklæring omhandler Dansk Uniforms historiske avance, og beregningen sammenligner alene omsætning overfor vareforbrug inklusive fragt. Beregningen medtager ikke alle variable omkostninger forbundet med Dansk Uniforms erhverv, ligesom der ikke er inkluderet en eneste fast omkostning. Revisorerklæringen dokumenterer derfor hverken, hvad Dansk Uniforms dækningsbidrag sædvanligvis beløber sig til, eller hvad Dansk Uniforms dækningsbidrag forventedes at være på den konkrete kontrakt.

Dansk Uniform har antagelig andre udgifter end blot vareforbrug og fragt og de meget begrænsede udgifter til systue m.v. Det bemærkes eksempelvis, at Dansk Uniform tilsyneladende ikke har medtaget faste omkostninger i beregningen af sit dækningsbidrag for den konkrete kontrakt. Til brug for beregning af dækningsbidraget skal samtlige omkostninger forbundet med udarbejdelse af det færdige produkt på denne konkrete kontrakt medregnes. En teoretisk avance skal også tage højde for indkøringsvanskeligheder, herunder reklamationer og omleveringer.

Regionerne har vedrørende *påstand 6* nærmere anført, at Dansk Uniforms omkostninger til udarbejdelse af tilbud ikke har været spildt som en direkte følge af regionernes manglende overholdelse af udbudsreglerne. Udbuddet

er nu annulleret med en utvivlsomt saglig begrundelse, og det er en ordregiver i sin gode ret til uden at skulle blive mødt med krav om erstatning for negativ kontraktsinteresse. Der er dermed ikke den fornødne årsagsforbindelse.

Tabsopgørelsen er baseret på Dansk Uniforms egne beregninger og er fuldstændig udokumenteret, herunder hvordan Dansk Uniform er nået frem til kostprisen pr. time og antal forbrugte timer. Opgørelsen bestrides således i det hele.

Eftersom genudbuddet netop er blevet offentliggjort, vil Dansk Uniform desuden kunne anvende sin viden opnået ved sidste udbud i forbindelse med afgivelse af tilbud på den genudbudte kontrakt. Erstatningsopgørelsen skal således begrænses til det merarbejde, som der måtte være forbundet med afgivelse af tilbud i henhold til det nye udbudsmateriale, som kun er ændret på ganske få områder.

Såvel i relation til påstand 5 som i relation til påstand 6 har regionerne gjort gældende, at renter tidligst kan tillægges fra det tidspunkt, hvor erstatningspåstandene er nedlagt, det vil sige den 28. april 2021.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

At en ordregiver annullerer et udbud er som udgangspunkt ikke culpøst, sådan som parterne også er enige om det. Ordregiveren har ikke kontraheringspligt, og en annulation vil som alt overvejende hovedregel ikke være i strid med ligebehandlingsprincippet.

De overtrædelser af udbudsreglerne under det offentlige udbud, som blev fastslået ved kendelsen af 15. april 2021, synes imidlertid båret af et fast ønske om at indgå kontrakt med netop Hoffmann Firmatøj A/S og en tilsvarende manglende vilje til at indgå kontrakt med den hidtidige leverandør, Dansk Uniform, som havde afgivet et konditionsmæssigt tilbud. Da regionerne blev gjort opmærksomme på, at den udpegede vinders tilbud på flere punkter var klart ukonditionsmæssigt, valgte regionerne således ikke i stedet at indgå kontrakt med Dansk Uniform, hvis tilbud var blevet evalueret til at ligge tæt

på Hoffmann Firmatøj A/S', eller at annullere udbuddet med den begrundelse, at konkurrencen var for begrænset. Den sidste løsning ville da også have udstillet det ganske særlige i, at Region Midtjylland samtidig foretog direkte indkøb hos den vindende, men ukonditionsmæssige tilbudsgiver, i stedet for at kontrahere med den hidtidige leverandør til dækning af et opstået behov.

Der foreligger således ikke den situation, som er velkendt i doms- og klagenævnsspraksis, at klagenævnet skal tage stilling til, om en ordregiver – hypotetisk – ville have annulleret et udbud, hvis ordregiveren vidste, at det vindende tilbud var ukonditionsmæssigt, og der derfor var et begrænset antal konditionsmæssige tilbud tilbage. I kendelsen af 15. april 2021 har klagenævnet derimod netop lagt til grund, at regionerne på tidspunktet for annullationen vidste, at tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S var ukonditionsmæssigt.

Spørgsmålet er herefter, om det forhold, at regionerne ved at annullere udbuddet uden at angive den reelle begrundelse herfor har handlet culpøst over for Dansk Uniform, eller – som regionerne har formuleret det – om overtrædelsen ikke er tilstrækkelig kvalificeret til, at der kan statueres culpa.

Den overtrædelse af udbudsreglerne, som klagen vedrører, angår i sin kerne regionernes manglende vilje til at indgå kontrakt med en bestemt tilbudsgiver, skønt dennes tilbud lå tæt på den udpegede vinders, og uden at regionerne på noget tidspunkt har påvist en saglig grund til vægringen. Dette be-lyses også af Dansk Uniforms henvendelse af 25. november 2020 til regionerne efter annullationen den 23. november 2020 som beskrevet i kendelsen af 15. april 2021 side 10.

På denne baggrund finder klagenævnet, at regionerne har handlet culpøst over for Dansk Uniform.

Det er herefter afgørende for påstanden om erstatning, hvorvidt Dansk Uniform, hvis ikke regionerne usagligt havde annulleret udbuddet, ville have fået tildelt kontrakten, altså om der er årsagssammenhæng mellem overtrædelsen og Dansk Uniforms tab.

Det påhviler regionerne at sandsynliggøre, at regionerne også ville have annulleret udbuddet med den begrundelse, at der var modtaget for få konditionsmæssige tilbud, idet tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S var ukonditionsmæssigt, sådan som det *senere* skete, jf. herved klagenævnets kendelse af 10. februar 2021, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune.

Regionerne har som nævnt ikke anført grunde til ikke at antage Dansk Uniforms tilbud, og forskellen i pointtildelingen til Dansk Uniform og Hoffmann Firmatøj A/S var da også beskeden. Kontrakten var udløbet, hvilket var årsagen til, at Region Midtjylland foretog en direkte tildeling til Hoffmann Firmatøj A/S. At regionerne nu anfører, at der ikke var noget tidspres, skyldtes netop, at Region Midtjylland havde indgået direkte kontrakt med Hoffmann Firmatøj A/S. Regionerne havde således været under tidspres, såfremt de udbudsretlige regler ikke var blevet overtrådt.

På denne baggrund er også kravet om årsagsforbindelse opfyldt.

Ad erstatningskravet:

Som anført af regionerne må fastlæggelsen af det beløb, som Dansk Uniform har krav på som erstatning for sin positive opfyldelsesinteresse, tage udgangspunkt i dækningsbidraget på den konkrete aftale. Med Dansk Uniforms tilbudspris i forhold til forventet forbrug på aftalen fratrukket forlængelser og optioner kunne Dansk Uniform forvente en omsætning på den konkrete aftale, som regionerne har beregnet til 6.301.675 kr., hvorfra skal fratrækkes udgifter til variable omkostninger.

Som sagen er oplyst, fastsætter klagenævnet herefter skønsmæssigt erstatningen til 2,5 mio. kr., der forrentes fra erstatningspåstandens nedlæggelse den 28. april 2021.

Herefter bestemmes:

Region Hovedstaden og Region Midtjylland skal in solidum til Dansk Uniform A/S betale 2,5 mio. kr. med procesrente fra den 28. april 2021.

Region Hovedstaden og Region Midtjylland skal i yderligere sagsomkostninger til Dansk Uniform A/S betale 30.000 kr.

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

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

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig