

K E N D E L S E

EL-TECH TEAM ApS
(advokat Mads Brandt, Vejle)

mod

AAB Vejle
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

Den 26. november 2020 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1 i sagen. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af EL-TECH TEAM ApS' påstand om erstatning, indtil klagenævnet havde taget stilling til påstand 1. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden, som lyder:

”Påstand 2

Indklagede tilpligtes til at betale 1.095.085,80 kr. med tillæg af procesrente fra klageskriftets indlevering til betaling sker.”

AAB Vejle har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb.

Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Erstatningsgrundlag

Ved kendelsen af 26. november 2020 konstaterede klagenævnet, at AAB Vejle under udbuddet har overtrådt tilbudsloven.

Ved kendelsen udtalte klagenævnet:

”Ad påstand 1

Tildelingen den 30. oktober 2019

AAB Vejle traf den 30. oktober 2019 beslutning om at tildele rammeaftalen til Lindpro A/S.

Ved evalueringen i relation til underkriteriet ”Samarbejde” tildelte boligorganisationen 0 point ud af 10 mulige til EL-TECH TEAM ApS, som var hidtidig leverandør til ABB Vejle.

I pointskalaen i betingelserne for licitationen var fastsat, at karakteren 0 gives ved ”...et tilbud, som kun netop er konditionsræssigt (men hvor der ikke er oplysninger, der belyser opfyldelsen af underkriteriet)”.

Tilbuddet fra EL-TECH TEAM ApS indeholdt imidlertid en række oplysninger til belysning af opfyldelsen af underkriteriet, herunder om opstart af opgaven, advisering af beboeren, et forslag til forbedringer og et forslag vedrørende uenighed med en beboer.

Klagenævnet finder på denne baggrund, at AAB Vejle har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Afvisningen af tilbuddet fra EL-TECH TEAM ApS som unormalt lavt
EL-TECH TEAM ApS anmodede den 30. og 31. oktober 2019 om en begrundelse for evalueringen, herunder i relation til underkriteriet ”Samarbejde”, jf. ovenfor.

AAB Vejle meddelte herefter den 13. november 2019 ved sin advokat, at boligorganisationen ”som følge af en fornyet gennemgang af tilbuddet” nu vurderede, at det forekom unormalt lavt.

Efter at have indhentet redegørelser fra EL-TECH TEAM ApS om pris-sætningen af visse tilbudsposter og efter en længere korrespondance herom besluttede boligorganisationen imidlertid at annullere tildelingsbeslutningen med henblik på tildeling på ny.

Ved brev af 7. januar 2020 afviste AAB Vejle tilbuddet fra EL-TECH TEAM ApS som unormalt lavt, og rammeaftalen blev herefter på ny tildelt Lindpro A/S.

Forskellen mellem den samlede pris i tilbuddet fra EL-TECH TEAM ApS, der var lavestbydende, og den samlede pris i det næstlaveste tilbud, der var afgivet af Lindpro A/S, udgjorde blot 74.471 kr., svarende til 4 %, idet de 5 afgivne tilbud i øvrigt havde en betydelig spredning fra den

laveste samlede pris på 1.897.911 kr. til den højeste samlede pris på 2.961.775 kr.

Den foreliggende licitation er gennemført efter tilbudsloven. Det følger af tilbudslovens § 8, stk. 3, at ordregiveren har bevisbyrden for, at et tilbud kan afvises som unormalt lavt. Det er ikke nærmere fastsat i bestemmelsen, hvornår et tilbud er "unormalt lavt", idet dette beror på et skøn fra ordregiverens side over, om det er overvejende sandsynligt, at tilbudsgiveren er ude af stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig og forsvarlig måde og i rette tid. Bestemmelsen i § 8, stk. 3, har ifølge lovbemærkningerne samme funktion som det tidligere udbudsdirektivs artikel 55 om unormalt lave bud. Der er ifølge forarbejderne tale om en undtagelse fra udgangspunktet om, at ordren skal tildeles "det bedste tilbud".

Klagenævnet bemærker endvidere, at det på den ene side stod tilbudsgiverne frit for at fastsætte priserne på de enkelte ydelser på en måde, der efter tilbudsgiverens opfattelse maksimerede chancerne for at blive tildelt kontrakten (strategisk prissætning). På den anden side havde AAB Vejle som ordregiver ansvaret for at fastsætte en evalueringsmodel, som var egnet og dermed lovlig, og boligorganisationen havde herved mulighed for at tage højde for eventuel strategisk prissætning fra tilbudsgivernes side. En evalueringsmodel, der ikke er egnet, fx fordi den medfører risiko for skævvridning af evalueringen ved tilbud med strategisk prissætning, vil efter omstændighederne ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

EL-TECH TEAM ApS tilbød en timepris for lærling på 85 kr. Af de fremlagte tilbudslister fra de øvrige tilbudsgivere ses, at denne pris afveg med over 80 % til næstlaveste timepris for lærling. AAB Vejle har under klagesagen fremlagt et bilag med elektrikeroverenskomstens lærlingelønninger. Bilaget viser, at mindstebetalingen pr. 1. marts 2019 udgjorde 64,10 kr., 73,20 kr., 86,95 kr. og 103,85 kr. for henholdsvis 1., 2., 3. og 4. års lærlinge. Hertil kommer diverse omkostninger samt tillægssatser.

EL-TECH TEAM ApS har i sine redegørelser blandt andet oplyst, at virksomheden er organiseret under arbejdsgiver- og brancheforeningen TEKNIQ Arbejdsgiverne, og at virksomheden opfylder alle vilkår i henhold til den gældende overenskomst. Virksomheden har endvidere i sin redegørelse af 21. november 2019 oplyst, at man under rammeaftalen ville anvende lærlinge i forløb på 0-4 år set over 4 år, som kræver opsyn af en svend eller el-installatør i minimum de første 3 år, og at virksomheden har en lille dækning på opgaven ved denne timepris.

AAB Vejle har ikke sandsynliggjort, at EL-TECH TEAM ApS ville tilsidesætte sine overenskomstmæssige forpligtelser ved beskæftigelse af

lærlinge, alene fordi virksomheden havde tilbudt en timepris, som muligt var lavere end kostpris. Efter sagens forløb, EL-TECH TEAM ApS' redegørelser og det, der er anført ovenfor om en tilbudsgivers adgang til at fastsætte delpriserne i sit tilbud, var der ikke grundlag for, at AAB Vejle inddrog forholdet vedrørende timepris for lærling i sin vurdering efter § 8, stk. 3, med den virkning, at tilbuddet skulle kunne afvises som unormalt lavt.

AAB Vejle har endvidere begrundet afvisningen af tilbuddet med, at det indeholdt en række andre lave enhedspriser. Efter en gennemgang af de fremlagte tilbudslister kan det blandt andet konstateres, at EL-TECH TEAM ApS' enhedspris vedrørende positionsnummer 11.4 alene var næstlavest, idet en af de øvrige tilbudsgivere havde tilbudt en pris, som var ca. 400 kr. lavere. En gennemgang af prissætningen for de syv øvrige tilbudsposter, som lå til grund for afvisningen, viser, at den mindste forskel fra laveste til næstlaveste pris var på 52 % (positionsnr. A.9.2), mens den største forskel fra laveste til næstlaveste pris var på 420 % (positionsnr. A.9.4). Det ses også, at EL-TECH TEAM ApS med hensyn til 32 ud af i alt 47 enhedspriser tilbød højere priser end Lindpro A/S.

Som anført lod AAB Vejle i første omgang tilbuddet fra EL-TECH TEAM ApS indgå i evalueringen uden at tilkendegive, at det forekom unormalt lavt. Tilbudslovens § 8, stk. 3, skal efter forarbejderne fortolkes indskrænkende. Klagenævnet finder efter det anførte ikke, at AAB Vejle havde grundlag for at antage, at EL-TECH TEAM ApS ikke med det afgivne tilbud ville være i stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig og forsvarlig måde og i rette tid, jf. § 8, stk. 3.

Påstand 1 tages på denne baggrund til følge som nedenfor bestemt.”

I kendelsen er herefter konkluderet:

”Ad påstand 1

AAB Vejle har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved evalueringen af tilbuddet fra EL-TECH TEAM ApS og ved at afvise tilbuddet som unormalt lavt, selvom betingelserne herfor ikke var opfyldt.”

Erstatningskravet

EL-TECH TEAM har ved opgørelsen af sit erstatningskrav henvist til en specifikation af de delpriser, som indgik i virksomhedens tilbud af 25. oktober 2019. Af opgørelsen fremgår bl.a.:

”

Post	Betegnelse	Enh	Mængde	Enhedspris	Ialt
A.0	Time priser				
A.0.1	Time pris for svend 375 kr - 273 kr = 102 kr.	stk	2000	102,00	204.000,00
A.0.2	Time pris for lærling 85 kr - 83,06 kr = 1,94 kr.	stk	1000	1,94	1.940,00
...					
A.9.3	Thermex Silent 200 CHRZ Scandic med indbygget. Dele 855 – 280 kr. Der ydes markføring til- skud da produktet aldrig har være solgt i AAB justérbar hygrostat samt ind- stillelig timer. 180x180mm med Ø118mm studs	stk	95	575,00	-54.625,00
...					
A.11.8	Adm af opgaver/drift edb / tlf mm 1500 kr. a 200 dag	stk	-200	1.500,00	-300.000,00
	Afsat bil og driftomkost 3 biler	Stk	-1	165.000,00	-165.000,00
	Overskud på udført arbejde			kr.	<u>365.028,60</u>

”

EL-TECH TEAM har anført, at den mistede avance 365.028,60 kr. er beregnet på årlig basis, og at det er lagt til grund, at den samlede kontraktperiode var 3 år. På den baggrund er det samlede erstatningskrav opgjort til 1.095.085,80 kr.

AAB Vejle har bestridt opgørelsen af kravet.

Som dokumentation for omkostningerne i henhold til kravopgørelsens punkt A.11.8 har EL-TECH TEAM bl.a. fremlagt beregninger af 12. marts 2020 udarbejdet af revisionsfirmaet Martinsen Statsautoriseret Revisionspartnerselskab. Heraf fremgår det:

**”Erstatningssag vedrørende licitation på rammeaftale på forekom-
mende el arbejder for AAB Vejle**

Vedlagt sender vi opstilling af beregninger på estimerede omkostninger for et år, relateret til ovennævnte rammeaftale, pkt. 11.8 i specifikation af delpriser indeholdt i rammeaftale:

Administrationsomkostninger 300.000

Bilomkostninger mv 165.000

Beregningerne er til brug for ledelsens opgørelse af erstatning vedrørende AAB og er opstillet på baggrund af meddelte oplysninger.
...”

I et brev af 17. marts 2021 fra revisionsfirmaet hedder det endvidere:

”...

Bilag 2 i sagen

Martinsen beregninger af 12. marts 2020 vedrørende estimerede omkostninger relateret til rammeaftale på forekommende el arbejde for AAB Vejle:

De oplistede omkostninger for 2018 & 2017, der danner grundlag for estimerede omkostninger

- Driftsomkostninger biler
- Afskrivning på biler og tilknyttet udstyr
- Mindre nyanskaffelser, værktøj oa.
- Administrationsomkostninger

er de faktisk realiserede omkostninger for 2018 & 2017 ifølge de af os udarbejdede interne årsrapporter for disse år for Eltech Team ApS

Bruttoresultat II i interne årsrapporter for Eltech Team ApS

Bruttoresultat II, der er opgjort som omsætning med fradrag af omkostninger til råvarer og hjælpematerialer samt personaleomkostninger kan oplistes således, i procent af omsætningen

- | | |
|--------|--------|
| • 2019 | 20.2 % |
| • 2018 | 22.3 % |
| • 2017 | 20.0 % |

Det skal bemærkes at personaleomkostninger omfatter gager mm til [direktøren], for funktionerne direktør, projektleder og daglig administration, funktioner, der varierer begrænset i forhold til udsving i omsætningen.

Udviklingen i personale

Vi har indhentet de af Eltech Team ApS indberettede ATP oplysninger fra e indkomst samt satser på ATP bidrag for 1 heltids ansat.

På dette grundlag kan antal omregnede heltidsansatte beregnes således:

• 2020	11,14
• 2019	13,41

en reduktion på 2,27 gennemsnitlig ansatte fra 2019 til 2020.

...

Af EL-TECH TEAMS årsrapport for 2019 fremgår bl.a.:

”Bruttofortjeneste

Bruttofortjeneste indeholder nettoomsætning, ændring i lagre af færdigvarer og varer under fremstilling, arbejde udført for egen regning og opført under aktiver, andre driftsindtægter samt eksterne omkostninger.

Anlæg produceret for fremmed regning indregnes i nettoomsætningen i takt med, at produktionen udføres, hvorved nettoomsætningen svarer til salgsværdien af årets udførte arbejder (produktionsmetoden). Nettoomsætningen indregnes, når de samlede indtægter og omkostninger på entreprisekontrakten og færdiggørelsesgraden på balancedagen kan opgøres pålideligt, og det er sandsynligt, at de økonomiske fordele vil tilgå selskabet.

Andre driftsindtægter indeholder regnskabsposter af sekundær karakter i forhold til virksomhedens hovedaktiviteter, herunder fortjeneste ved salg af immaterielle og materielle anlægsaktiver.

Andre eksterne omkostninger omfatter omkostninger til distribution, salg, reklame, administration, lokaler, tab på debitorer og operationelle leasingomkostninger.”

AAB Vejle havde ved licitationen fastsat tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på underkriterierne Pris (60 %), Kvalitet (20 %) og Samarbejde (20 %).

I licitationsbetingelserne er bl.a. anført følgende om bedømmelsen:

”19.3.6 Bedømmelse af Samarbejde

Tilbuddet skal indeholde entreprenørens forslag for at sikre det gode samarbejde mellem AAB, beboer og håndværkere.

Ved bedømmelsen lægges vægt på, at entreprenøren har forståelse for og forslag til at sikre det gode samarbejde, og at entreprenøren kommer med konkrete forslag til aktiviteter.

Entreprenøren ønskes herunder at forholde sig til følgende:

- Forslag til advisering af beboer ved planlagte arbejder.
- Forslag til at sikre håndtering af uenigheder med beboer.
- Kommunikationsled til byherrens organisation på daglig basis.
- Hvordan sikres opgavernes kvalificerede udførelse i tilfælde af, at enkeltpersoner får forfald, her tænkes kontakt til AAB nøgleperson, samt evt. berørte beboer.

19.3.7 Karakterskala

Ved bedømmelsen vil der blive anvendt følgende karakterskala:

Karakter

10	Gives for det fremragende tilbud som bedst muligt opfylder underkriteriet med ingen eller få uvæsentlige undtagelser
9	
8	
7	Gives for tilbud med en god opfyldelse af underkriteriet
6	
5	Gives for tilbud med en middel tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
4	
3	Gives for tilbud med en mindre tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet.
2	
1	
0	Gives for et tilbud, som kun netop er konditionsmæssigt (men hvor der ikke er oplysninger, der belyser opfyldelsen af underkriteriet)

Karakterskalaen for kvalitative kriterier.”

I tilbuddet fra EL-TECH TEAM indgik bl.a. følgende beskrivelse i relation til underkriteriet Samarbejde:

”...

Advisering af beboer:

Opgaver starter med evt et opkald fra AAB og derefter en rek.

- 1: Vi modtager rek. og opretter en arbejdsopgave
- 2: Indenfor 24 timer er der forsøgt at tage kontakt til beboer omkring adgang pr. tlf.
- 3: Der blev lavet en aftale – Opgaven udføres på aftalt tidspunkt og afsluttes. Faktura bliver sendt umiddelbart derefter.

3a: Det lykkes ikke at skab kontakt til bebor pr. tlf. – Vi køre selv ud og banker på, hvis ingen kontakt bliver der afleveret et kort i bebor postkasse, med oplysninger om at de skal tage kontakt:

...

Derefter blev der lavet en aftale – Opgaven udføres på aftalt tidspunkt og afsluttes. Faktura bliver sendt umiddelbart derefter.

Forslag til forbedringer:

1: At Geko systemet blev indført i alle afdelinger. Kort fortalt er det et system hvor AAB selv kan reservere tider og hvor beboer modtager 2 sms – en når opgaver bliver reserveres og en på dagen hvor det skal udføres. Det er kørt test i afd. 41/42. Se figur 1.

2: At der ved nye køkkener blev sat en fælles standart for hvordan man laver tidplan og bestiller håndværker. Det god eks. er HTH måde at gøre det på.

3: At der på Rek/ ordre kun optræder et tlf. nr. som skal danne kontakt til bebor.

4: At der fast årlig sættes dato for bestilling af Julelys og at alle afd. Følger denne plan

5: Vi har også et ønske om at der afholdes samarbejds møde med Inspektøren minimum en gang årlig. Helst 2 gang.

6: Derudover at der fremsendes opdateret tlf. lister på ansat begge steder, så begge parter er fuld informeret om evt. ændringer i organisationen.

Uenigheder med bebor:

I tilfælde af uenighed, strækkere vi os alt det vi kan for at tilfredsstille beboer, hvis sagen ikke kan løses, tager vi en dialog med Inspektør for afdelingen og sammen finder vi en løsning (jeg kan ikke husk at vi har været udsat for noget sådan i de 15 år vi har været i AAB)

Kommunikationsled: Vi har et tlf. system hvor de medarbejder som er tilknyttet AAB altid kan træffes. Der bliver videre stillet til næste medarbejder ved manglende kontakt. Bliver der ringet direkte eks til min mobil

og skulle den været optaget, ringer jeg altid tilbage, når det er et AAB nr der har ringet.

Forfald: Vi køre et WPA system, se figur 2, hvor vi kan se opgaverne for den enkelte medarbejder og hvad der er lavet af aftaler. Så vi har mulighed for at sætte en anden medarbejder på en sag hvis dette skulle være nødvendig. Da vi har flere medarbejder som har stort kendskab til AAB, kan vi altid sikre at kvalitet holdes, samt at relevante personer informeres hvis der er ændringer.”

Den 30. oktober 2019 meddelte AAB Vejle som nævnt, at boligorganisationen havde besluttet at tildele rammeaftalen til Lindpro A/S.

I en oversigt over pointfordelingen og tilbudspriser af samme dato står der:

”Tildelingsmodel

	Pris		Kvalitet		Samarbejde		Score
	Vægt	karakter	Vægt	karakter	Vægt	karakter	
EL-Tech Team	60%	10	20%	8	20%	0	7,6
Lindpro		7,5		9		8	7,9
Teknikgruppen		5		7		5	5,4
Jansson El		2,5		8		8	4,7
Kaltoft Elservice		0		3		1	0,8

...”

Efter anmodning fra klagenævnet har AAB Vejle fremlagt tilbudsbesvarelsenerne fra Kaltoft Elservice og Teknikgruppen i relation til underkriteriet Samarbejde.

Parternes anbringender

Ad erstatningsgrundlaget:

EL-TECH TEAM har gjort gældende, at AAB Vejle ved den konstaterede overtrædelse af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at AAB Vejle efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for EL-TECH TEAM, der afgav tilbuddet med den laveste pris.

Hvis EL-TECH TEAM var blevet tildelt karakteren 2 for Samarbejde, ville virksomhedens samlede score have været 8 og dermed højest. Det er ikke godtgjort, at AAB Vejle ville have tildelt EL-TECH TEAM karakteren 1 for Samarbejde, som var langt under den gennemsnitlige karakter på 5,5. EL-TECH TEAM havde således beskrevet hvert punkt i licitationsbetingelserne, som det var angivet, at ”Entreprenøren skulle forholde sig til”.

AAB Vejle har ikke løftet bevisbyrden for, at udbuddet ville være blevet annulleret, hvis det havde været erkendt, at tilbuddet fra EL-TECH TEAM var konditionsmæssigt. Afbrydelsen af kontraktforholdet med Lindpro A/S og genudbuddet er først sket efter AAB Vejles modtagelse af et erstatningskrav og ikke i umiddelbar forlængelse af kendelsen af 26. november 2020. Der må være tale om, at AAB Vejle begrænser sit tab mest muligt som følge af overtrædelsen. Det skal imidlertid ikke komme EL-TECH TEAM til skade. Et genudbud er ikke ensbetydende med, at EL-TECH TEAM i 2021 har ressourcer og kapacitet til at byde på opgaven.

Det bestrides i øvrigt, at EL-TECH TEAMS tilbud var udtryk for en strategisk prissætning, hvilket blandt andet understøttes af, at EL-TECH TEAM med hensyn til 32 ud af i alt 47 enhedspriser tilbød højere priser end Lindpro A/S.

Den omstændighed, at EL-TECH TEAM var eksisterende leverandør til AAB Vejle understøtter derimod, at EL-TECH TEAM ville være tildelt kontrakten, hvis AAB Vejle ikke havde overtrådt udbudsreglerne.

EL-TECH TEAM har endelig anført, at evalueringsmodellen var fastsat af AAB Vejle, og at modellen ikke var uegnet.

AAB Vejle har gjort gældende, at de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne ikke indebærer, at AAB Vejle efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for EL-TECH TEAM.

AAB Vejle har nærmere anført, at EL-TECH TEAM ikke har dokumenteret at have lidt et tab som følge af ansvarspådragende forhold hos AAB Vejle. Der er ikke årsagssammenhæng mellem et eventuelt ansvarspådragende forhold hos AAB Vejle i form af afvisningen af tilbuddet fra EL-TECH TEAM og det påståede tab. Erstatning fastsat som positiv opfyldelsesinteresse forudsætter, at det må anses som dokumenteret, at EL-TECH TEAM ville være

blevet tildelt kontrakten, hvis ikke tilbuddet var blevet afvist som unormalt lavt. Bevisbyrden herfor påhviler EL-TECH TEAM, og den er ikke løftet.

Boligorganisationen ville have været nødsaget til at annullere udbuddet og genudbyde kontrakten, hvis EL-TECH TEAMS tilbud ikke kunne tilsidesættes som unormalt lavt. Evalueringsmodellen gav mulighed for strategisk prisfastsættelse og viste sig derved uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Modellen kunne herefter ikke danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. AAB Vejle har i den forbindelse og med henvisning til en række positioner i EL-TECH TEAMS tilbudsliste anført, at tilbuddet var enten tabsgivende eller ikke gav nogen eller alene en symbolsk fortjeneste. EL-TECH TEAMS tilbød timesats for lærlinge var bl.a. 80 % lavere end den næstlaveste tilbødte timepris herfor. EL-TECH TEAM ville ingen fortjeneste have haft på anvendelse af lærlinge til opgaven, hvorimod anvendelse af svende ifølge EL-TECH TEAM selv ville give en nettofortjeneste på 102 kr. pr. time eller, ifølge estimatet for det årlige forbrug, 204.000 kr. årligt. EL-TECH TEAM ville på den baggrund, såfremt virksomheden var blevet tildelt kontrakten, have haft et kraftigt incitament til at begrænse anvendelsen af lærlinge og i stedet udelukkende eller i meget høj grad anvende svende til opgavernes udførelse med en højere faktisk pris til følge for AAB Vejle. Dette står i modsætning til de kontraktbestemte krav om brug af lærlinge, og som følgelig var forudsat i udbudsbetingelserne som grundlag for tilbudsindhentningen. Dette kunne hverken udbuds- eller kontraktmaterialet imødegå, idet der eksempelvis ikke var opstillet krav om en nærmere bestemt anvendelsesgrad af de forskellige ressourcer.

Det følger endvidere af fast praksis fra klagenævnet, at der ikke er årsagsammenhæng mellem en overtrædelse af udbudsreglerne og en tilbudsgivers påståede tab, såfremt den pågældende tilbudsgiver før afgivelsen af tilbud var eller burde være bekendt med de forhold, der udgjorde en overtrædelse af udbudsreglerne, eller som i øvrigt kunne være til hinder for, at der lovligt kunne ske kontrakttildeling. EL-TECH TEAM må anses for at have været bekendt med, at den anvendte prismodel ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud som følge af muligheden for strategisk prisfastsættelse og deraf følgende skævvridning af evalueringen. EL-TECH TEAMS strategiske prisfastsættelse må således bero på, at virksomheden som eksisterende leverandør havde særlig indsigt i, hvordan prisfastsættelsen kunne fastsættes til EL-TECH TEAMS fordel. EL-TECH TEAM kunne således konstatere, at de positioner på tilbudslisten, som virksomheden valgte

at afgive en strategisk og abnormt lav pris på, ikke var ydelser, som virksomheden udførte i nævneværdigt omfang for AAB Vejle.

Udbudsmaterialets struktur imødegik ikke i behørig grad denne fordel for EL-TECH TEAM. AAB Vejle kunne konkret på baggrund af tilbudsafgivelsen konstatere, at udbudsmaterialet burde have taget højde for dette og søgte med sin afvisning af tilbuddet fra EL-TECH TEAM at imødegå forholdet.

Eftersom klagenævnet har afvist AAB Vejles afvisning af EL-TECH TEAMS tilbud som unormalt lavt, var boligorganisationens eneste retmæssige mulighed herefter at annullere udbuddet for derigennem at sikre en berigtigelse af forholdet i et genudbud af opgaven. AAB Vejle har meddelt EL-TECH TEAM og Lindpro, at kontraktforholdet bringes til ophør, og opgaven genudbydes med henblik på berigtigelse af forholdet og for at sikre lovligheden i kontrakttildelingen.

AAB Vejle har subsidiært gjort gældende, at selv hvis der havde været mulighed for at opretholde udbuddet, ville EL-TECH TEAM alligevel ikke have opnået den højeste pointtildeling ved en fornyet tilbudsevaluering og ville dermed ikke have fået tildelt kontrakten.

AAB Vejle har nærmere anført, at EL-TECH TEAM ved den oprindelige tilbudsevaluering opnåede 0 point for opfyldelsen af underkriteriet ”Samarbejde”. AAB Vejle anerkender, at der ikke i henhold til evalueringsmodellen var grundlag for at tildele 0 point for underkriteriets opfyldelse. Det må imidlertid lægges til grund, at alternativet til at tildele 0 point ville have været at tildele virksomheden 1 point. AAB Vejles tildeling af 0 point var således i sagens natur udtryk for, at boligorganisationen fandt EL-TECH TEAMS opfyldelse af underkriteriet ”Samarbejde” meget utilfredsstillende, og at tilbuddet derfor skulle tildeles så få point som muligt efter evalueringsmodellen. Dette burde imidlertid have været 1 point og ikke 0 point. Der er ikke godtgjort noget grundlag for at anse en sådan pointgivning for at være i strid med evalueringsmodellen. AAB Vejle har henvist til kendelse af 17. januar 2020, NAV CANADA mod Naviair, hvoraf det bl.a. fremgår, at nævnet efter fast praksis alene kan ”tilsidesætte det skøn, som den ordregivende myndighed har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren har overskredet den grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt. Klagenævnet erstatte herved ikke ordregiverens skøn med sit eget.”

Ved 1 point i relation til underkriteriet ”Samarbejde” ville EL-TECH TEAM ved evalueringen have opnået samlet 7,8 point, mens Lindpro ville have opnået 7,9 point, og Lindpro ville dermed fortsat være blevet tildelt kontrakten.

Ad erstatningskravet:

EL-TECH TEAM har gjort gældende, at virksomheden, hvis AAB Vejle ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået rammeaftalen, og at EL-TECH TEAM derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Erstatningsansvaret skal kapitaliseres til EL-TECH TEAMS mistede dækningsbidrag. Det er ved opgørelsen lagt til grund, at den samlede kontraktperiode var 3 år. Tabet kan opgøres til årligt 365.028,60 kr., svarende til 1.095.085,80 kr. i mistet fortjeneste over 3 år. Tabet er en kausal og påregnelig følge af overtrædelsen.

Det er uden betydning for sagen, om en konkurrent kun ville opnå et dækningsbidrag på 2 %, når EL-TECH TEAM faktisk kunne have opnået et dækningsbidrag på ca. 20 %. Dækningsbidraget er ikke urealistisk, idet det faktisk svarer til EL-TECH TEAMS sædvanlige dækningsbidrag, som de seneste år har ligget på minimum 20 %. I dette bruttoresultat – og i beregningen af administrationsomkostninger – er indregnet løn for direktøren. Dækningsbidraget vil reelt være større end de 20 % uden denne lønudgift. Endvidere er i dækningsbidraget indregnet de af AAB Vejle anførte positioner som frigjort kapacitet og sædvanlig driftsmæssig risiko.

EL-TECH TEAM har bestridt, at virksomhedens tilbud var udtryk for en strategisk prissætning, og har anført, at EL-TECH TEAM med hensyn til 32 ud af i alt 47 enhedspriser tilbød højere priser end Lindpro A/S. Det er op til EL-TECH TEAM, hvor dækningsbidraget lægges, hvilket understøttes af tilbudslisten under A.2.3, A.9.3 og A.9.4, hvor EL-TECH TEAM har beregnet et underskud på nogle varelinjer, mens der er beregnet overskud på andre enheder og varelinjer.

Forud for udbuddet havde EL-TECH TEAM udført servicearbejde i ca. 15 år for AAB Vejle. Da EL-TECH TEAM ikke blev tildelt kontrakten, måtte virk-

somheden omlægge arbejdsopgaverne for de ansatte elektrikere. Omlægningen er en direkte følge af nedgangen i servicearbejde som følge af, at arbejde ikke længere skulle udføres for AAB Vejle. Idet det ikke er muligt at få andre opgaver svarende til opgaven ved AAB Vejle, er omlægningen, herunder flere afskedigelser, nødvendig. EL-TECH TEAM har derved opfyldt sin forpligtelse til at begrænse sit tab.

Positive konjunkturer i branchen er endvidere uden betydning for EL-TECH TEAMS tabsopgørelse. Positive konjunkturforhold er således en potentiel merindtjening, som virksomheden ville have opnået under alle omstændigheder – uagtet om AAB Vejle fortsat var kunde ved EL-TECH TEAM. I så fald ville der for eksempel blot have været behov for at ansætte flere medarbejdere fremfor at afskedige medarbejdere som sket. Positive konjunkturer i branchen ændrer desuden ikke på det faktum, at det ikke er muligt i Vejle Kommune at få servicearbejder i nærheden af samme omfang som det, EL-TECH TEAM havde ved AAB Vejle.

Desuden blev rammeaftalen udbudt med en varighed på tre år med mulighed for forlængelse i op til et år. Tabet kunne derfor potentielt være blevet større.

AAB Vejle har gjort gældende, at EL-TECH TEAMS erstatningskrav må afvises som udokumenteret. De fremlagte bilag, som skulle understøtte opgørelsen af kravet, er ikke egnede hertil og dokumenterer ikke, at der er lidt et tab.

Det er endvidere helt urealistisk at gå ud fra, at EL-TECH TEAM kunne have realiseret et dækningsbidrag på ca. 20 % ved tildeling af kontrakten. Der er ikke fremlagt oplysninger, der på nogen måde understøtter, at EL-TECH TEAM skulle kunne realisere et dækningsbidrag af denne størrelse.

EL-TECH TEAMS generelle bruttoresultat i tidligere regnskabsår understøtter på ingen måde, hvilket dækningsbidrag virksomheden kunne have opnået på den konkrete kontrakt. Det ”gennemsnitlige” bruttoresultat set i forhold til den samlede omsætning vil således være væsentligt højere end det dækningsbidrag, EL-TECH TEAM kunne have opnået på en konkurrenceudsat kontrakt som den foreliggende, der bl.a. vindes ved netop at reducere dækningsbidraget så meget som muligt. I det samlede resultat for virksomheden indgår

en række øvrige poster og udførte arbejder, som ikke har været konkurrenceudsat, og som EL-TECH TEAM følgelig har kunnet opnå højere priser og dermed også højere dækningsbidrag for.

Det er AAB Vejles erfaring for tilsvarende opgaver, der tildeles og udføres på baggrund af forudgående udbud, at tilbudsgiverne alene har realiseret et dækningsbidrag i omegnen af 2 %. Tilbudsgiverne indregner således som oftest en forhåbning om, at en kontrakttildeling vil kunne afstedkomme yderligere arbejder som supplement til de konkurrenceudsatte ydelser, hvor tilbudsgiver vil have et større dækningsbidrag. Der er imidlertid ingen sikkerhed herfor, og sådanne ydelser er i sagens natur ikke relevante i forhold til en erstatningsopgørelse.

Opgørelsen tager heller ikke hensyn til den sædvanlige driftsmæssige risiko, der ville have været ved kontraktens udførelse, og som således burde være kapitaliseret ved opgørelsen.

Det har også på den baggrund formodningen imod sig, at EL-TECH TEAM ved den i sagen omhandlede konkurrenceudsatte kontrakt skulle kunne realisere et dækningsbidrag på 20 %.

Dertil kommer, at opgørelsen på ingen måde tager hensyn til frigjort kapacitet og virksomhedens mulighed for og faktiske bestræbelser på at udnytte kapaciteten på anden vis. EL-TECH TEAM har på den baggrund heller ikke dokumenteret at have iagttaget sin tabsbegrænsningspligt, hvilket tillige må føre til bortfald af ethvert krav.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

AAB Vejle har efter karakteren af overtrædelsen i påstand 1 handlet ansvars-pådragende overfor EL-TECH TEAM ApS.

Det påhviler AAB Vejle at løfte bevisbyrden for, at boligorganisationen ville have annulleret licitationen i den situation, at AAB Vejle havde været bekendt med, at tilbuddet fra EL-TECH TEAM ApS ikke kunne afvises som unormalt lavt.

AAB Vejle har først i forbindelse med denne erstatningssag gjort gældende, at evalueringsmodellen var uegnet, da den gav mulighed for strategisk prisfastsættelse, og at licitationen ville være blevet annulleret.

Klagenævnet har ikke i kendelsen af 26. november 2020 udtalt, at evalueringsmodellen eller udbudsmaterialet i øvrigt var uegnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Det, AAB Vejle nu har anført vedrørende annulation, fører efter nævnets vurdering heller ikke til, at bevisbyrden for, at AAB Vejle ville have annulleret licitationen, er løftet.

Det er indgået i vurderingen, at tilbudslisterne indeholdt oplysning om forventede mængder (forbrug), således at tilbudsgiverne havde mulighed for hver især at optimere tilbuddet, og at evalueringsmodellen tog udgangspunkt heri. Endvidere tilbød EL-TECH TEAM ApS højere priser end Lindpro A/S med hensyn til en række enhedspriser.

Det forhold, at boligorganisationen nu har besluttet at opsig kontrakten med Lindpro A/S med henblik på genudbud og har forklaret, at dette sker for "at berigtige forholdet og at sikre lovligheden i kontrakttildelingen", medfører heller ikke, at bevisbyrden er løftet.

Spørgsmålet er dernæst, om det kan lægges til grund, at EL-TECH TEAM ApS ville være blevet tildelt mindst 2 point i relation til underkriteriet "Samarbejde", hvilket var en forudsætning for, at virksomheden kunne anses for at have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Bevisbyrden herfor påhviler som udgangspunkt EL-TECH TEAM ApS.

AAB Vejle traf den 30. oktober 2019 beslutning om at tildele rammeaftalen til Lindpro A/S. Ved evalueringen i relation til "Samarbejde" tildelte boligorganisationen 0 point ud af 10 mulige til EL-TECH TEAM ApS, som var hidtidig leverandør.

I betingelserne for licitationen var fastsat, at karakteren 0 gives ved "...et tilbud, som kun netop er konditions-mæssigt (men hvor der ikke er oplysninger, der belyser opfyldelsen af underkriteriet)". For karakteren 3 var fastsat, at denne "Gives for tilbud med en mindre tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet". Mens karakterskalaen indeholdt en beskrivelse vedrørende karaktererne 0, 3, 5, 7 og 10, indeholdt den ingen beskrivelse for karaktererne 1,

2, 4, 6, 8 og 9, og det var således ikke på tilsvarende måde beskrevet, hvilken grad af opfyldelse der skulle til for at opnå fx karakteren 2.

Tilbuddet fra EL-TECH TEAM ApS indeholdt en række oplysninger til belysning af opfyldelsen af underkriteriet, herunder om opstart af opgaven, advisering af beboeren, et forslag til forbedringer og et forslag vedrørende uenighed med en beboer. Klagenævnet fandt på denne baggrund ved kendelsen af 26. november 2020, at AAB Vejle havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved, som sket, kun at tildele virksomheden 0 point.

AAB Vejle har anført, at alternativet til at tildele 0 point til EL-TECH TEAM ApS ville have været at tildele 1 point, idet tildelingen af 0 point var udtryk for, at boligorganisationen ”fandt Klagers opfyldelse af underkriteriet ”Samarbejde” meget utilfredsstillende”. AAB Vejle har ikke uddybet nærmere, på hvilke punkter boligorganisationen fandt besvarelsen fra EL-TECH TEAM ApS mangelfuld ud over at anføre, at AAB Vejle konstaterede, at en række af EL-TECH TEAM ApS’ tilbudsposter forekom urealistisk lave, idet de lå under kostpris eller under overenskomstniveau.

Disse forhold vedrørende prissætningen har klagenævnet imidlertid truffet afgørelse om ved kendelsen af 26. november 2020, hvor klagenævnet konstaterede, at tilbuddet ikke kunne afvises som unormalt lavt.

Tilbuddene fra Kaltoft Elservice og Teknikgruppen, som klagenævnet har modtaget, blev tildelt henholdsvis 1 og 5 point vedrørende ”Samarbejde”.

På denne baggrund, herunder da karakterne 1 point og 2 point ikke var nærmere defineret, og da EL-TECH TEAM ApS’ tilbud indeholdt en række oplysninger til opfyldelse af underkriteriet, finder klagenævnet, at det nævnte udgangspunkt for bevisvurderingen bør fraviges, således at det herefter påhviler AAB Vejle at løfte bevisbyrden for, at EL-TECH TEAM ApS ved en evaluering ikke ville være blevet tildelt mindst 2 point.

Det er klagenævnets vurdering, at AAB Vejle ikke har løftet bevisbyrden.

Det er indgået, at tilbuddet fra EL-TECH TEAM ApS indeholdt en beskrivelse om advisering af beboeren, et forslag til forbedringer, et forslag vedrø-

rende uenighed med en beboer, beskrivelse af kommunikationsled og fremgangsmåden ved forfald, hvilket tilbuddet fra Kaltoft Elservice, som modtog 1 point, ikke gjorde. Endvidere har AAB Vejle reelt ikke givet en begrundelse for, hvorfor beskrivelsen i tilbuddet fra EL-TECH TEAM ApS kunne vurderes som værende så ringe, at det alene kunne opnå 1 point ud af 10 mulige i en situation, hvor tilbud med en middel besvarelse skulle tildeles 5 point, og tilbud med en mindre tilfredsstillende besvarelse skulle tildeles 3 point.

Kravet om årsagsforbindelse i relation til det fremsatte krav om erstatning udmålt som positiv opfyldelsesinteresse er herefter opfyldt. Det, AAB Vejle i øvrigt har anført, ændrer ikke herved.

Ad erstatningskravet:

EL-TECH TEAM ApS har endeligt opgjort tabet til 1.095.085,80 kr. baseret på en årlig mistet avance på 365.028,60 kr. og en kontraktperiode på 3 år.

Opgørelsen af kravet indeholder usikkerhedsmomenter, herunder med hensyn til dækningsbidragets størrelse.

Den vedlagte dokumentation, herunder revisorberegningerne og årsrapporten, understøtter ikke i tilstrækkelig grad størrelsen af det fremsatte krav.

Klagenævnet har derfor skønsmæssigt fastsat erstatningsbeløbet til 450.000 kr. som en passende erstatning for virksomhedens positive opfyldelsesinteresse med hensyn til den 3-årige kontrakt.

Påstanden om erstatning, der er nedlagt i klagen og forhøjet første gang i replikken, tages derfor til følge med rente som nedenfor bestemt.

Herefter bestemmes:

AAB Vejle skal til EL-TECH TEAM ApS betale 450.000 kr. med procesrente af 380.000 kr. fra den 6. februar 2020 og procesrente af 70.000 kr. fra den 13. marts 2020.

AAB Vejle skal i yderligere sagsomkostninger til EL-TECH TEAM ApS betale 20.000 kr.

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

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

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
specialkonsulent