

K E N D E L S E

EkspONENT ApS  
(advokat Marc Walther Hansen, København)

mod

Gentofte Kommune  
(advokat René Offersen, København)

Den 29. april 2020 afsagde klagenævnet kendelse om klagepunkterne 1-3. EkspONENT ApS (herefter EkspONENT) tog ved indgivelsen af klagen forbehold for senere at kræve erstatning. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

EkspONENT har nedlagt følgende påstande:

Påstand 4

Gentofte Kommune skal betale 2.233.670 kr. med procesrente fra den 13. maj 2020.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Gentofte Kommune skal betale 120.000 kr. med procesrente fra den 13. maj 2020.

EkspONENT har anført, at begge påstande er med sædvanlige subsidiære påstande om, at Gentofte Kommune skal betale et lavere beløb fastsat af klagenævnet.

Gentofte Kommune har påstået frifindelse.

EkspONENT har opgjort sit krav i påstand 4 som positiv opfyldelsesinteresse, mens kravet i påstand 5 er opgjort som negativ kontraktinteresse.

#### EkspONENTS opgørelse af sit krav

EkspONENT har nærmere redegjort for opgørelsen af krav på *positiv opfyldelsesinteresse*:

Hvis EkspONENT var blevet tildelt kontrakten, ville virksomheden have haft en indtægt svarende til den samlede tilbudssum:

<b>Løsningsvederlag:</b>		<b>1.998.000,00 kr.</b>
Pris for designfasen		218.000,00 kr.
Pris for løsningen, inkl implementering		1.780.000,00 kr.
<b>Vedligehold og support:</b>		<b>1.468.800,00 kr.</b>
Vedligehold pr. måned (inkl. 10 timers support)		15.000,00 kr.
Support pr. time (kalkuleret 5 timer pr. måned).		1.080,00 kr.
Måneder	72	
<b>Licens:</b>		<b>- kr.</b>
Månedlige licensomkostninger:		- kr.
Måneder	72	
<b>Timer:</b>		<b>648.000,00 kr.</b>
Konsulent		1.080,00 kr.
Timer pr. år	100	
<b>Optioner: (indgår med 50 %)</b>		<b>145.000,00 kr.</b>
Option 1	Brugertest	48.000,00 kr.
Option 2	Abonnementsfunktion	66.000,00 kr.
Option 3	Ny søgemaskine	28.000,00 kr.
Option 4	Multisiteløsning	148.000,00 kr.
<b>Samlet tilbudssum:</b>		<b>4.259.800 kr.</b>

EkspONENTS salgspris pr. konsulenttime ved opfyldelsen af kontrakten var 1.080 kr. Det er oplyst, at EkspONENT ved beregningen af kostprisen pr. konsulenttime har forsøgt at udregne en "gennemsnitlig månedsløn" for de medarbejdere, der var påtænkt at udføre opgaven. EkspONENT har herefter forsøgt at opgøre, hvor mange debiterbare konsulenttimer pr. måned en gennemsnitlig medarbejder sædvanligvis udfører.

EkspONENT har oplyst, at det forud for tilbudsafgivelsen var besluttet, hvilket team af medarbejdere der i givet fald skulle udføre den udbudte opgave. EkspONENT vurderede i denne forbindelse samtidigt, hvilken andel af opgavens samlede timeforbrug de enkelte medarbejdere forventedes at yde på den konkrete opgave. EkspONENT besatte konkret denne opgave på følgende måde:

Tilknyttede medarbejdere Anonymiseret pga. GDPR-hensyn	Månedsløn før pension	Andel af timer	Bidrag til gennemsnitsløn
Medarbejder 1	60,000	1%	600
Medarbejder 2	55,000	20%	11.000
Medarbejder 3	60,000	15%	9.000
Medarbejder 4	36,000	14%	5.040
Medarbejder 5	33,000	15%	4.950
Medarbejder 6	35,000	30%	10.500
Medarbejder 7	38,000	5%	1.900
<b>Gennemsnitlig grundløn for allokerede medarbejdere</b>		<b>100%</b>	<b>42.990</b>

Den gennemsnitlige direkte månedsløn for en ”gennemsnitsmedarbejder” på denne konkrete opgave var herefter 42.990 kr. Til den gennemsnitlige månedsløn skal lægges pension (4.299 kr.), uddannelseskonto (750 kr.), kantine mv. (1.286 kr.) og øvrige personaleomkostninger (1.108 kr.), i alt 7.444 kr. svarende til, at den samlede gennemsnitlige månedsløn for en ”gennemsnitsmedarbejder” på denne konkrete opgave var 50.434 kr.

EkspONENT har budgetteret med, at hver enkelt af virksomhedens ansatte forventes at yde 108 konsulenttimer pr. måned, og virksomheden har nærmere redegjort for beregningen af timetallet.

I forhold til virksomhedens faste omkostninger har EkspONENT beregnet, at der til en gennemsnitsmedarbejders timepris skal lægges henholdsvis kapacitetsomkostninger (husleje og øvrige omkostninger) på 60,90 kr. pr. time og organisationsomkostninger på 76,20 kr. pr. time. Dette medfører, at EkspONENTS samlede omkostning pr. konsulenttime er på 605,90 kr.

EkspONENTS revisor, PricewaterhouseCoopers (PwC), har afgivet en erklæring, der bl.a. omhandler udregningen af EkspONENTS kostpris pr. konsulenttime. Af erklæringen fremgår bl.a.:

”Det er vores vurdering, at andel af omkostninger til ledelse, HR og administration mv. ikke bør indregnes i produktionsomkostningerne, men vi har forstået, at EkspONENT ønsker at inkludere disse omkostninger, selvom dette reducerer det opgjorte tabskrav.”

Ved beregningen af det nødvendige antal konsulenttimer for at udføre den udbudte opgave har EkspONENT divideret tilbudsprisen på 4.259.800 kr. med salgsprisen pr. konsulenttime på 1.080 kr., hvilket giver et timetal på 3.944. EkspONENT har oplyst, at dette i øvrigt er i overensstemmelse med virksomhedens timeforbrug på sammenlignelige opgaver for andre offentlige ordregivere, og EkspONENT har i den forbindelse nærmere oplyst om fem afsluttede opgaver.

EkspONENT har afslutningsvis i forhold til opgørelsen af en erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse anført, at hovedprincippet har været at udregne forskellen på salgsprisen pr. konsulenttime og kostprisen pr. konsulenttime, hvorefter EkspONENTS tabte dækningsbidrag pr. konsulenttime kan beregnes. Dette dækningsbidrag pr. konsulenttime ganges herefter med det antal timer, som EkspONENT skulle bruge på opgaven, hvorved EkspONENTS samlede fortjeneste på opgaven – og dermed påstandsbeløbet – kan udregnes.

EkspONENT har imidlertid foretaget to beregninger af kravet på erstatning. Ved begge metoder udregnes erstatningskravet som en funktion af antal timer  $(3.944) \times \text{dækningsbidrag pr. konsulenttime} (1.080 \text{ kr.} - 605,90 \text{ kr.} = 474,10 \text{ kr.})$ . Forskellen mellem beregningsmetode 1 og 2 er, at EkspONENT i beregningsmetode 2 tillige påstår sig tillagt en yderligere tabspost på 600 timer  $\times 1.080 \text{ kr.}$ , idet EkspONENT i den indledende periode efter kommunens tildelingsbeslutning havde et direkte tab på 600 konsulenttimer. EkspONENT havde således i perioden frie medarbejderressourcer, der ikke kunne allokeres til andre projekter med kort varsel. Dette giver en forskel i erstatningsopgørelserne på 363.540 kr.

Resultatet af beregningerne er herefter:

	Tab, hvis vedligeholdelse og videreudvikling inkluderes	Tab, hvis vedligeholdelse og videreudvikling <u>ikke</u> inkluderes
Tilgang 1: Indtægter - Udgifter	1.870.130	940.894
Tilgang 2: Indtægter - Udgifter Inkl. direkte tab	2.233.670	1.304.434

(I forhold til beløbene for tab, hvis vedligeholdelse og videreudvikling ikke inkluderes, jf. nedenfor).

EkspONENTS krav for tabt dækningsbidrag udgør herefter i første række 2.233.670 kr. og i anden række 1.870.130 kr., hvis klagenævnet ikke er enig i, at EkspONENT i erstatningsopgørelsen kan inddrage posten på 600 timers direkte tab i den indledende periode efter tildelingsbeslutningen.

PwC har i sin erklæring konkluderende udtalt:

”Det er vores opfattelse, at ”Tilgang 2” [beregningsmetode 2] giver det mest retvisende billede af den avance inkl. direkte tab, som selskabet har mistet ved ikke at få tildelt kontrakten med Gentofte Kommune.”

I forhold til beløbene i skemaet for tab, hvis vedligeholdelse og videreudvikling ikke inkluderes, har EkspONENT oplyst, at virksomheden i sin korrespondance med Gentofte Kommune har forstået, at kommunen agter at bringe den indgåede kontrakt med Kruso A/S (herefter Kruso) til ophør og at genudbyde vedligeholdelsesdelen af det samlede udbud. Det er herefter kommunens opfattelse, at EkspONENT alene kan beregne et erstatningskrav af den samlede tilbudssum med fradrag af værdien af vedligeholdelsesdelen af tilbudssummen, svarende til 2.791.800 kr. (4.259.800 kr. – 1.468.000 kr.). EkspONENT har i den situation beregnet sit erstatningskrav til henholdsvis 940.894 kr. (beregningsmetode 1) og 1.304.434 kr. (beregningsmetode 2).

EkspONENT har oplyst om kravet på *negativ kontraktinteresse*:

Under tilbudsudarbejdelsen var det EkspONENTS opfattelse, at Gentofte Kommunes udbudsmateriale var af en høj kvalitet i forhold til beskrivelsen af den udbudte opgave og kravspecifikationer. EkspONENT havde derfor et lavere tidsforbrug end normalt ved udarbejdelse af et tilbud. EkspONENT har vurderet, at det medgåede timeforbrug for tilbudsarbejdet i den konkrete sag i alt kan opgøres til en kostpris på 120.000 kr.

Supplerende oplysninger

Gentofte Kommune har under erstatningssagen fremlagt en mail af 6. september 2019 fra kommunen til Eksponent. Mailen er et svar på Eksponents indsigelser mod, at Krusos referencer opfyldte de fastsatte mindstekrav, og kommunen redegør i mailen for forløbet med at indhente nye referencer fra Kruso i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5. I slutningen af mailen står:

”...

Gentofte Kommune skal oplyse, at kommunen som alternativ til den indrømmede adgang til afhjælpning har overvejet at aflyse udbuddet, men altså som sin konklusion ikke har anset dette for nødvendigt.

...”

Gentofte Kommune har desuden fremlagt Eksponents årsrapport for 2018.

#### Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 29. april 2020 konstaterede klagenævnet, at Gentofte Kommune under udbuddet har overtrådt udbudsloven således:

##### ”Ad påstand 1

Gentofte Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Kruso, da Krusos tilbud ikke opfyldte mindstekravene til teknisk og faglig formåen, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 2.1.1.

##### Ad påstand 2

Gentofte Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 159, stk. 5, ved at anmode Kruso om at fremsende en ny reference med henblik på at sikre Krusos opfyldelse af udbudsbetingelsernes mindstekrav til teknisk og faglig formåen efter tilbudsfristen og tildelingsbeslutningen.

Gentofte Kommunes beslutning af 21. juni 2019 om at indgå kontrakt med Kruso A/S annulleres.”

Eksponent har gjort gældende, at Gentofte Kommune ved de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at kommunen efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Eksponent, der som tilbudsgiver havde afgivet et konditionsræssigt tilbud med det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

EkspONENT har nærmere anført, at klagenævnets kendelse af 29. april 2020, hvor Gentofte Kommunes tildelingsbeslutning blev annulleret, uden videre fastlægger det nødvendige ansvarsgrundlag for, at EkspONENT kan rejse et erstatningskrav over for Gentofte Kommune.

Gentofte Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har handlet culpøst.

Gentofte Kommune har nærmere anført, at kommunen ikke handlede ansvarspådragende ved at indhente referencer i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5, jf. § 159, stk. 6, fordi kommunen havde betegnet de minimumskrav til dokumentationen for egnethed, som kommunen efter udbudslovens § 140 er forpligtet til at fastsætte som ”mindstekrav”. Af udbudslovens § 140, stk. 2, fremgår, at ”ordregiver skal fastsætte egnethedskrav som minimumskrav”. Bestemmelsen om minimumskrav er en særegen dansk regel. Der er ingen forskel på betegnelserne minimumskrav og mindstekrav, og det fremgår ikke af lovforarbejderne, at det skulle gøre nogen forskel, om ordregiveren vælger den ene eller anden betegnelse.

Hvis klagenævnets kendelse skal forstås sådan, at bestemmelsen i udbudslovens § 159, stk. 5, ikke kan anvendes på dokumentationen for minimumskravene til egnethed, er bestemmelsen tømt for en stor del af sit praktiske indhold, hvilket vil være i strid med principperne i EU-Domstolens praksis, herunder Manova-dommen. Gentofte Kommunes anvendelse af betegnelsen ”mindstekrav” i stedet for minimumskrav gør derfor ikke beslutningen om anvendelse af udbudslovens § 159, stk. 5, culpøs. En fejl udelukkende af semantisk betydning kan ikke efter dansk rets almindelige erstatningsregler begrunde ansvar for Gentofte Kommune som ansvarlig ordregiver. Overtrædelse af udbudsreglerne er en forudsætning for, at der foreligger et ansvarsgrundlag, men det er ikke enhver overtrædelse, der medfører et ansvar i erstatningsretlig forstand.

Ad erstatningskravet, herunder årsagssammenhæng og tab:

EkspONENT har vedrørende påstand 4 gjort gældende, at virksomheden, hvis Gentofte Kommune ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten, og at virksomheden derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

EkspONENT har nærmere anført, at selv om Gentofte Kommune – i modsætning til tidligere – ikke længere finder tilbuddet fra EkspONENT som kvalificeret og i overensstemmelse med de krav og ønsker, som kommunen oprindeligt stillede under udbuddet, skal EkspONENT i det væsentlige henholde sig til den tilbudsevaluering, der fandt sted under udbudsprocessen. Det fremgår heraf, at EkspONENTS tilbud samlet blev tildelt 3,85 point, og at tilbuddet fra Kruso samlet blev tildelt 4,23 point. Evalueringen præciseres og uddybes i de enkelte underkriterier til tildelingskriteriet. I forhold til underkriteriet ”Pris” (vægt 30 %) afgav EkspONENT det billigste tilbud, og EkspONENTS tilbud blev derfor tildelt det maksimale pointtal 5 i forhold til dette underkriterium. I forhold til underkriteriet ”Den tilbudte løsning” (vægt 35 %) opnåede EkspONENTS tilbud 4,14 point med bemærkningen: ”Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet”. Dette var kun marginalt mindre end de 4,35 point, som tilbuddet fra Kruso opnåede. Det kan derfor – helt objektivt – udledes, at EkspONENT afgav et kvalificeret tilbud, og det afspejlede sig også i en hæderlig pointtildeling.

Årsagen til Gentofte Kommunes nuværende negative vurdering af EkspONENTS tilbud lader bl.a. til at være kommunens vurdering af EkspONENTS tilbudte platform for hjemmesideløsningen ”Drupal”. Gentofte Kommune anfører således, at denne løsning/platform ikke længere er ”rigtig” for kommunen, idet løsningen er kompleks og tidskrævende og kræver for store interne ressourcer af kommunen. Synspunktet undergraves dog af kommunens egen tilbudsevaluering, hvor der i underretningsbrevet om EkspONENTS tilbud står: ”Der redegøres glimrende for valg af platform (Drupal), og den tilbudte funktionalitet vurderes i høj grad at leve op til det efterspurgte”.

Havde Gentofte Kommune valgt at aflyse udbuddet og derefter valgt at genudbyde opgaven med den begrundelse, at platformen Drupal ikke var tilfredsstillende, kunne EkspONENT i genudbuddet have budt ind med platformen ”Umbraco”, idet EkspONENT kan levere løsninger på begge platforme alt efter behov og ønsker hos ordregiveren. EkspONENT har reelt ikke præferencer for den ene platform frem for den anden.

Det er samlet set EkspONENTS opfattelse, at klagenævnet skal lægge til grund, at EkspONENT indgav et kvalificeret tilbud, der i henhold til Gentofte Kommunes egen tilbudsevaluering var i overensstemmelse med kommunens krav og ønsker til opgaven.



Det fremgår af Gentofte Kommunes mail af 6. september 2019 til Eksponent, at kommunens overvejelser konkret medførte, at udbuddet ikke blev annulleret, men at kommunen i stedet indgik kontrakt med Kruso. Det er alene af historisk interesse, hvad Gentofte Kommune havde af overvejelser og reaktionsmuligheder, før kommunen konkret valgte at gennemføre en ulovlig tildeling. Det er således ikke afgørende, hvad en ordregiveren måtte have haft af overvejelser, inden denne efterfølgende overtrådte de udbudsretlige regler.

### *Erstatningskravets størrelse*

Eksponent har fastholdt sin opgørelse af erstatningskravet, herunder at kravet skal opgøres som tabt dækningsbidrag. Eksponents opgørelse relaterer sig til det konkrete tab på den konkrete sag. Overskudsgraden i Eksponents regnskab er et resultat af alle virksomhedens aktiviteter, og den siger ikke noget om det konkrete tab. Det er derfor uden betydning, når Gentofte Kommune har henvist til, at Eksponent har haft en overskudsgrad på 13 % i 2018, og at påstandsbeløbet svarer til en overskudsgrad på 52 %.

Det direkte tab på 600 konsulenttimer er en følge af Gentofte Kommunes ulovlige tildeling. Det ville give mening, at Eksponent måtte bære risikoen for, at en kontrakt ikke vindes, hvis Eksponent rent faktisk havde tabt udbuddet, men det var som bekendt ikke tilfældet. Eksponent vil ikke opnå ”dobbelterstatning” for de 600 konsulenttimer. Erstatningsberegningen er kontrolleret af PwC, som også har fundet, at det er mest korrekt at kræve erstatning for timerne.

Eksponent har i forhold til påstand 5 om negativ kontraktinteresse gjort gældende, at virksomheden i hvert fald har krav på at få dækket sit tab ved de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden afgav tilbud.

Eksponent har som tommelfingerregel, at 10 % af timerne i et projekt svarer til det nødvendige tidsforbrug til tilbudsarbejde. Eksponent har ikke foretaget en detaljeret registrering af sin tid forbundet med tilbudsafgivelsen til det konkrete projekt, men har ved et tidligere lignende projekt anvendt 201 timer på tilbudsarbejdet. Derudover skal det også indgå i beregningen af omkostningerne, at udarbejdelse af tilbud er en opgave, der varetages af partnere og/eller erfarne medarbejdere i virksomheden.

Gentofte Kommune har vedrørende påstand 4 gjort gældende, at Eksponent ikke ville have fået tildelt kontrakten, hvis kommunen havde undladt at indhente referencerne i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5. Alternativet var, at kommunen havde aflyst udbuddet, således som det også blev meddelt Eksponent ved kommunens mail af 6. september 2019.

Da Gentofte Kommune modtog en henvendelse fra Eksponent om udbudsprocessen, var kommunen ikke umiddelbart indstillet på at omgøre sin tildelingsbeslutning. Gentofte Kommune var enig med Eksponent i, at Kruso havde fremsendt en fejlbehæftet reference ([www.denmark.dk](http://www.denmark.dk)). Kommunen kunne derfor vælge at se bort fra tilbuddet fra Kruso eller at anvende fremgangsmåden efter udbudslovens § 159, stk. 5. Hvis Gentofte Kommune besluttede sig for at omgøre sin tildelingsbeslutning og se bort fra tilbuddet fra Kruso, måtte kommunen enten gå til nummer to i udbuddet, hvilket vil sige Eksponent, eller aflyse udbuddet med efterfølgende genudbud.

Gentofte Kommune var under tilbudsevalueringen og det efterfølgende arbejde med sagen nået til den konklusion, at kommunen ikke kunne acceptere den løsning, som Eksponent havde tilbudt, og derfor hellere ville genudbyde kontrakten på grundlag af et nyt og ændret udbudsmateriale. Det er legitimt og ikke sjældent forekommende, at en ordregiver som følge af sine erfaringer efter tilrettelæggelsen af et udbud bliver klar over, at en tilbudt løsning – uanset god bedømmelse efter udbudsmaterialets objektive kriterier fastlagt i en tidligere fase – alligevel ikke er den rigtige løsning til at opfylde ordregiverens behov.

Gentofte Kommune havde hverken erfaringer med Kruso eller Eksponent og havde derfor hverken forbehold eller præferencer for en af leverandørerne, men interesserede sig alene for de tilbudte løsninger, da begge leverandører ansås for egnede.

Det var Gentofte Kommunes vurdering, at den platform, som Eksponent tilbød, ville være for kompleks og tidskrævende for kommunen at arbejde med i forhold til de interne ressourcer og kompetencer, som er til rådighed. Eksponent tilbød et CMS (Drupal) med høj grad af fleksibilitet, skalerbarhed og store udvidelsesmuligheder, men i behovsopgørelsen lagde kommunen også stor vægt på, at platformen ville være nem at tage i brug og et nemt og effektivt arbejdsværktøj for redaktører og udviklere, hvilket ikke var tilstrækkelig

adresseret af Eksponent. Kommunen har desuden ikke ressourcer eller kompetencer til den forudsatte løsning med en "sitebuilder-rolle", som Eksponent lagde op til i sit tilbud. Eksponents løsning efterlod generelt kommunen med et behov for et stort kompetenceløft både blandt de mange indholdsleverandører på hjemmesiden og i forbindelse med opsætning og support i den efterfølgende drift.

Med de erfaringer, som kommunen fik efter modtagelsen af tilbuddene og den efterfølgende tilbudsevaluering, ville kommunen hellere genudbyde kontrakten med nyt ændret udbudsmateriale end tildele ordren til Eksponent. Den bedste løsning for kommunen var ikke Drupal, da den ville give Gentofte Kommune for store opgaver. Kommunen overvejede derfor at genudbyde kontrakten med en skarpere behovsopgørelse. Eksponent oplyste i tilbuddet, at Eksponent også kunne tilbyde Umbraco, selv om det ikke var den løsning, der blev tilbudt.

Eksponent har ikke mistet kontrakten med Gentofte Kommune som følge af den fejl, som kommunen ifølge klagenævnets kendelse begik. Hvis kommunen havde besluttet sig for ikke at benytte udbudslovens § 159, stk. 5, havde kommunen i stedet aflyst udbudsforretningen og genudbudt opgaven. Der består en vidtgående skønsmæssig adgang for ordregiveren til at aflyse et udbud. Efter domstolenes og klagenævnets praksis er efterprøvelsen af ordregiverens beslutning om aflysning indskrænket til, om en aflysning er udtryk for diskrimination. Der er ikke belæg for antage, at der i denne sag udøves diskrimination fra kommunens side.

Bevisbyrden for, at Eksponent ville have fået tildelt kontrakten, påhviler Eksponent, og den er ikke løftet.

#### *Erstatningskravets størrelse*

Gentofte Kommune har gjort gældende, at Eksponents krav på positiv opfyldelsesinteresse ikke kan opgøres til 2.233.670 kr., fordi tabet er udokumenteret, og fordi tabet skal opgøres som nettofortjenesten og ikke som dækningsbidraget. En tabsopgørelse svarende til dækningsbidraget tager ikke højde for en række indirekte udgifter. Enhver virksomhed har både direkte og indirekte udgifter knyttet til udførelsen af de enkelte opgaver. Eksponent opgør i sin årsrapport for 2018, der også viser 2017-tal (højre kolonne), sit årsresultat som følger:

<b>Bruttofortjeneste</b>		<b>22.559.258</b>	<b>19.978.534</b>
Personaleomkostninger	2	-18.553.546	-17.765.679
Af- og nedskrivninger af immaterielle og materielle anlægsaktiver		-155.496	-385.196
<b>Resultat før finansielle poster</b>		<b>3.850.216</b>	<b>1.827.659</b>
Finansielle indtægter		657	12.680
Finansielle omkostninger	3	-23.052	-71.595
<b>Resultat før skat</b>		<b>3.827.821</b>	<b>1.768.744</b>
Skat af årets resultat	4	-847.787	-387.065
<b>Årets resultat</b>		<b>2.980.034</b>	<b>1.381.679</b>

EkspONENTS tab skal opgøres på tilsvarende måde, så EkspONENT ikke overkompenseres. EkspONENTS påstandsbetrag svarer til en overskudsgrad på 52% (det påståede betrag på 2.333.670 kr. divideret med den antagne omsætning på 4.259.800 kr.), hvorimod EkspONENTS generelle overskudsgrad var 13 % i 2018 (årets resultat på 2,980 mio. kr. divideret med bruttofortjenesten på 22,559 mio. kr.) og 7 % i 2017.

#### *Indtægten*

EkspONENT kan ikke opgøre tabet på grundlag af en omsætning på 4.259.800 kr., da EkspONENT hverken var garanteret eller kunne forvente en omsætning i den størrelsesorden. Den samlede tilbudssum på 4.259.800 kr. bestod af et løsningsvederlag på 1.998.000 kr. med tillæg af forskellige, fakultative opgaver, der bortset fra 100 årlige konsulenttimer og månedlig fakturering af vedligeholdelse ikke var garanterede, nemlig vedligehold og support på 1.468.000 kr., uspecificerede timer over seks år på 648.000 kr. og diverse optioner på 145.000 kr. Det er ikke kun optionerne, men også vedligehold og support samt andre uspecificerede opgaver Gentofte Kommune kan vælge ikke at benytte.

#### *Udgifter*

EkspONENT kan ikke opgøre personaleudgifterne til en gennemsnitlig månedsløn på 42.990 kr. med fradrag af ikke-debiterbar tid svarende til 468,80 kr. pr. time og med tillæg af kapacitetsomkostninger på 60,90 kr. pr. time og organisationsomkostninger på 76,20 kr. pr. time, så den samlede kostpris i gennemsnit er 606 kr. Kapacitetsomkostninger og organisationsomkostninger kan ikke opgøres som sket, fordi EkspONENT skal medregne en forholds-

mæssig andel af alle omkostninger, herunder af- og nedskrivninger på anlægsaktiver, finansielle omkostninger og skat som medtaget i opgørelsen af årets resultat.

Det fremgår af Eksponents årsrapport for 2018, at personaleomkostningerne i 2018 var på 18,554 mio. kr., svarede til et gennemsnit på 32 beskæftigede medarbejdere og svarende til en gennemsnitsårsomkostning på 0,579 mio. kr. eller en gennemsnitlig månedsomkostning på 48.250 kr. Da det må antages, at Eksponents konsulenter ikke gennemsnitligt set er den lavest lønnede personalegruppe, kan gennemsnitstime-kostprisen for konsulenter ikke opgøres som sket til 42.990 kr. før tillæg af kapacitets- og organisationsomkostninger.

Den påståede gennemsnitlige kostpris på 606 kr. pr. konsulenttime giver et påstået gennemsnitligt dækningsbidrag på 474 kr. pr. time, hvilket ligger højt i sammenligning med de eksempler på tidligere kontrakter, som Eksponent har henvist til.

Det er i øvrigt almindeligt kendt i branchen, at marginen på udvikling er smal.

#### *Tidsforbrug*

Eksponent havde ikke krav på og kunne ikke forvente en omsætning på 4,259 mio. kr., og det kunne ikke forventes, at opgavens omfang ville svare til knap 4.000 konsulenttimer.

Eksponent kan ikke medtage et tidsforbrug på 600 timer under henvisning til, at Eksponent i den indledende periode efter Gentofte Kommunes tildelingsbeslutning havde et direkte tab på 600 konsulenttimer, idet Eksponent i denne indledende periode havde frie medarbejderressourcer, der ikke kunne allokeres til andre projekter med så kort varsel. Gentofte Kommune forstår det, som Eksponent har anført, på den måde, at Eksponent vil have erstattet det dækningsbidrag, som Eksponent ville have haft, hvis Eksponent havde udført opgaven. Eksponent vil derudover have erstattet dækningsbidraget af 600 timers arbejde, som ikke blev udført, fordi medarbejderne forventedes at skulle arbejde på opgaven for Gentofte Kommune og ikke kunne allokeres til andre opgaver. Eksponent må dog selv bære risikoen for, at en kontrakt ikke vindes. Hvis Eksponent havde fået tildelt opgaven, ville de 600 timer desuden være blevet anvendt på opgaven for Gentofte Kommune, og dækningsbidraget af de timer skal ikke erstattes to gange.

Gentofte Kommune har i forhold til påstand 5 om negativ kontraktinteresse bestridt, at den fejl, som kommunen ifølge klagenævnet begik, har haft betydning for Eksponents beslutning om at afholde omkostninger til at deltage i udbuddet. Det er udokumenteret, at det medgåede tidsforbrug til tilbudsarbejdet kan opgøres til 120.000 kr.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Klagenævnet har ved kendelse af 29. april 2020 konstateret, at Gentofte Kommune handlede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 159, stk. 5, ved at anmode Kruso om at fremsende en ny reference efter tilbudsfristen og tildelingsbeslutningen med henblik på at sikre Krusos opfyldelse af mindstekravene til teknisk og faglig formåen, og ved på den baggrund at tildele kontrakten til Kruso.

Gentofte Kommune har herved handlet ansvarspådragende over for Eksponent.

Ad erstatningskravet, herunder årssammenhæng og tab:

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

Det er ubestridt, at Eksponent afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, når det tages i betragtning, at tilbuddet fra Kruso var ukonditionsmæssigt. Selv om Eksponent afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, var Gentofte Kommune ikke forpligtet til at indgå kontrakt med Eksponent. En ordregiver har således ikke kontraheringspligt ved et udbud og kan derfor vælge at annullere udbuddet, forudsat at annullationen ikke forfølger et formål, der er i strid med princippet om ligebehandling eller i øvrigt må anses for usaglig. Dette forudsætter dog, at Gentofte Kommune påviser forhold, som gør det overvejende sandsynligt, at kommunen ville have annulleret udbuddet, hvis det var erkendt, at tilbuddet fra Kruso var ukonditionsmæssigt.

Gentofte Kommune har gjort gældende, at hvis kommunen havde undladt at indhente referencer hos Kruso i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5, ville alternativet have været, at kommunen havde annulleret udbuddet. Kommunen har til støtte herfor henvist til mailen af 6. september 2019 til Eksponent. Gentofte Kommune har yderligere gjort gældende, at kommunen under tilbudsevalueringen og det efterfølgende arbejde med sagen var nået frem til den konklusion, at kommunen ikke kunne acceptere den løsning, som Eksponent havde tilbudt, og derfor hellere ville genudbyde kontrakten på grundlag af et nyt og ændret udbudsmateriale.

Mailen af 6. september 2019 fra Gentofte Kommune til Eksponent med indholdet: "... at kommunen som alternativ til den indrømmede adgang til afhjælpning har overvejet at aflyse udbuddet, men altså som sin konklusion ikke har anset dette for nødvendigt..." kan ikke i sig selv tages som udtryk for, at kommunen ville have annulleret udbuddet, hvis den ikke havde givet Kruso adgang til at indlevere nye referencer.

Efter oplysningerne om evalueringen af Eksponents tilbud, herunder de tildelte point og kommunens bemærkninger til den tilbudte løsning, kan klagenævnet desuden ikke lægge til grund, at Eksponent tilbød en løsning af den udbudte opgave, som kommunen ikke ville have accepteret, hvis den havde erkendt, at Krusos tilbud var ukonditionsmæssigt, og at udbuddet i stedet ville være blevet annulleret.

Da Gentofte Kommune efter det anførte ikke har sandsynliggjort, at udbuddet ville være blevet annulleret, hvis det var erkendt, at Krusos tilbud var ukonditionsmæssigt, har Eksponent krav på erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse.

I overensstemmelse med sædvanlig klagenævns- og retspraksis skal erstatningen for positiv opfyldelsesinteresse fastsættes på grundlag af det forventede dækningsbidrag, som kan henføres til den konkrete opgave.

Eksponent har i kravet på 2.233.670 kr. indregnet 600 konsulenttimer, fordi "Eksponent i den indledende periode efter kommunens tildelingsbeslutning havde et direkte tab på 600 konsulenttimer. Eksponent havde således i perioden frie medarbejderressourcer, der ikke kunne allokere til andre projekter med kort varsel". Allerede fordi Eksponent ikke kunne forvente at få kontrakten tildelt, og fordi de 600 timer ved kontraktens tildeling til Eksponent

ville være blevet anvendt på opgaven for Gentofte Kommune og dermed vil indgå to gange i opgørelsen af Eksponents erstatning, tager klagenævnet ikke den del af kravet til følge.

Der er ikke grundlag for som anført af Gentofte Kommune at lade den del af den udbudte kontrakt, der vedrører vedligeholdelse og support, udgå ved opgørelsen af omsætningen på kontrakten. Derimod skal der tages højde for, at en del af kontrakten omhandlede optioner.

På denne baggrund og under hensyn til Eksponents redegørelse for sin erstatningsberegning og i øvrigt til den usikkerhed, der altid vil være ved indtægter og udgifter over en fremtidig 6-årig periode med løbende vedligeholdelse og support, pålægger klagenævnet Gentofte Kommune at betale en skønsmæssig fastsat erstatning til Eksponent på 1.200.000 kr. med procesrente som fastsat nedenfor.

#### Sagsomkostninger

Efter sagens udfald skal Gentofte Kommune betale yderligere omkostninger til Eksponent som fastsat nedenfor.

#### Herefter bestemmes:

Gentofte Kommune skal til Eksponent ApS betale 1.200.000 kr. med procesrente fra den 13. maj 2020.

Gentofte Kommune skal i yderligere sagsomkostninger til Eksponent ApS betale 20.000 kr.

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

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

Erik P. Bentzen



Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig