

K E N D E L S E

Exodraft Energy HP A/S
(advokat Rune Aagaard og advokat Mathilde Schwitzer Alnor, Odense)

mod

Billund Varmeværk A.m.b.a.
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Exodraft Energy HP A/S (herefter ”Exodraft”) indgav den 9. juli 2024 klage til klagenævnet, hvorved der var nedlagt en række påstande. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af Exodrafts påstand 7 om erstatning, indtil klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Den 12. juni 2025 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende de øvrige påstande, hvorved Exodraft fik medhold i påstand 3, 4 og 6.

Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden.

Exodraft har ved klageskrift af 26. juni 2025 ændret sin påstand 7 til følgende:

Påstand 7

Billund Varmeværk A.m.b.a. tilpligtes til Exodraft Energy HP A/S at betale 1.840.620,75 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra den 9. juli 2024.

Exodraft har opgjort sit krav i påstand 7 således:

1. Medarbejder 1-9	1.799.250 kr.
2. Eksterne konsulenter	41.370,75 kr.
I alt	1.840.620,75 kr.

Exodraft har opgjort erstatningsopgørelsens post nr. 1 på baggrund af et skøn over 9 af Exodrafts medarbejders timeforbrug på udarbejdelsen af tilbuddet ganget med en timesats på 1.500 kr. ekskl. moms. Til støtte herfor har Exodraft fremlagt en opgørelse over det skønnede timeforbrug pr. medarbejder. Heraf ses blandt andet, at medarbejderne samlet er skønnet til at have brugt 1.199,5 timer. For så vidt angår medarbejderne 1-5 har Exodraft fremlagt en separat opgørelse over skønnet pr. medarbejder, og for klagenævnet alene er fremlagt en række e-mails og oplysninger om møder til dokumentation for disse medarbejders arbejde med tilbuddet. Exodraft har endvidere for klagenævnet alene fremlagt dokumenterne i Exodrafts tredje tilbud.

Som dokumentation for udgifterne til eksterne konsulenter, erstatningsopgørelsens post nr. 2, har Exodraft fremlagt en række fakturaer.

Exodraft har endvidere til støtte for den subsidiære del af påstand 7 fremlagt en opgørelse over Exodrafts månedlige omkostninger forbundet med at have medarbejderne 1-9 ansat. Opgørelsen er i sin helhed alene fremlagt for klagenævnet.

Billund Varmeværk A.m.b.a. (herefter ”Billund Varmeværk”) har påstået frifindelse og har bestridt kravets opgørelse og størrelse.

Billund Varmeværk har til støtte for sine anbringender angående kravets størrelse fremlagt en nyhed af 14. februar 2023 fra Silkeborg Forsynings hjemmeside samt et uddrag af Exodrafts tekniske beskrivelse fra Exodrafts tilbudsmateriale.

Parterne har endvidere til støtte for deres anbringender angående kravets størrelse henvist til en række bilag, der er indgået i klagenævnets behandling af de påstande, hvorom der blev afsagt kendelse den 12. juni 2025.

Supplerende oplysninger

Af en nyhed fra den 14. februar 2023 fra Silkeborg Forsynings hjemmeside fremgår følgende blandt andet:

”Snart bliver fjernvarmen endnu mere klimavenlig i Silkeborg Kommune. Udbygningen af fjernvarmeproduktionen hos Silkeborg Forsyning er gået ind i en ny fase med vigtige aftaler med to afgørende leverandører.

Virksomhederne Dall Energy og Exodraft Energy har underskrevet kontrakter med Silkeborg Forsyning om levering af henholdsvis et 20 MW biomasseanlæg og en 22 MW varmepumpe.

...”

Udbudsmaterialet indeholder i dokumentet ”TB2 VP – Tilbudsliste og Evalueringspris” en tilbudsliste i form af en interaktiv Excel-fil, hvor evalueringsprisen (TCO pr. MW) beregnes på baggrund af tilbudsgivernes udfyldelse af en række oplysninger i dokumentet. Evalueringsprisen beregnes automatisk i fanen ”Hovedposter” på baggrund af en summering af priserne for en række hovedposter, der herefter divideres med den garanterede varmeydelse. For hver af hovedposterne findes i dokumentet en fane med et tilsvarende navn med en række underposter, der på de enkelte faner summeres til et samlet beløb. Dette samlede beløb videreføres til fanen ”Hovedposter” ud for den pågældende hovedpost. Summen af beløbene i fanen ”9. Optioner” overføres således til fanen ”Hovedposter” ud for posten ”9. Optioner”, hvorved beløbet indgår i beregningen af evalueringsprisen.

Af Exodrafts tekniske beskrivelse af 11. juni 2024, der indgik i Exodrafts tilbud, fremgår blandt andet:

”Opstart af drev og motorer i samarbejde med ABB servicetekniker, under opstart er Silkeborg Varme velkommen til at deltage, således at der også her sker en vidensoverlevering og brugerinstruktion.”

Det fremgår af Exodrafts tilbudsliste i dokumentet ”TB2 VP – Tilbudsliste og Evalueringspris” blandt andet, at enhedsprisen for posten ”Ingeniør / Maskinmester (Senior)” er 1.500 kr.

Den 9. juli 2024 indgav Exodraft klage til klagenævnet. Heri havde Exodraft udformet erstatningspåstanden som følger:

”Påstand 7:

Klagenævn for Udbud skal i henhold til lov for Klagenævnet til Udbud § 14 tilkende Exodraft erstatning stor DKK 2.969.902 på grund af det tab, som Billund Varmeværks beslutning af den 19. juni 2024 om at tildele den udbudte kontrakt til Krebs har medført. Erstatningsopgørelse fremlægges som **bilag 16** og indeholder specifikation af de timer, som Exodraft har anvendt i forbindelse med udbuddet.”

Bilag 16 indeholder en opgørelse over en række personers individuelle timeforbrug. Samlet er timeforbruget opgjort til 1.339 timer, hvoraf 366 af disse vedrører personer fra ”Fronmatex”. Det fremgår endvidere, at timesatsen er sat til 2.218 kr.

Ad erstatningsgrundlaget

Ved kendelsen af 12. juni 2025 konstaterede klagenævnet, at Billund Varmeværk under udbuddet havde overtrådt EU-udbudsreglerne således:

”Ad påstand 3

Billund Varmeværk A.m.b.a. har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at tildele kontrakten til Krebs, idet tildelingsbeslutningen tog afsæt i en fejlbehæftet tilbudsevaluering, hvor Exodrafts pris på option 8 blev kopieret til de øvrige tilbudsgiveres tilbud.

Ad påstand 4

Billund Varmeværk A.m.b.a. har handlet i strid med udbudslovens § 160, idet tilbudsgiverne ikke er orienteret om alle dele af udbuddets evalueringsmodel, eftersom det ikke i udbudsbetingelserne klart og gennemsigtigt er angivet, hvordan evaluering af optioner ville blive foretaget, herunder med kopiering af priser fra tilbud til tilbud.”

Klagenævnet annullerede desuden Billund Varmeværks beslutning af 19. juni 2024 om at tildele den udbudte kontrakt til Krebs A/S.

Parternes synspunkter

Ad erstatningsgrundlaget, årsagssammenhæng og adækvans

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

Billund Varmeværks overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 samt overtrædelsen af bekendtgørelse nr. 1078 af 29. juni 2022 § 15, jf. udbudslovens § 160, stk. 1, udgør et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag til at kunne begrunde erstatning.

Betingelsen om årsagsforbindelse mellem Billund Varmeværks overtrædelse af udbudsreglerne og Exodrafts tab forbundet med udarbejdelsen af tilbud af 11. juni 2024 er opfyldt.

Det følger af fast klagenævnspraksis, at tilbudsgivere ikke kan modtage erstatning opgjort efter positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktinteresse, hvis udbudsbetingelserne ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Udgangspunktet gør sig dog ikke gældende, hvis tilbudsgiverne på tidspunktet for afgivelse af tilbud ikke var eller burde være bekendt med, at ordregiver i forbindelse med tilbudsevalueringen ville overtræde udbudsreglerne, jf. klagenævnets kendelser af 31. oktober 2016, Motus A/S mod Den Danske Stat v/ Moderniseringsstyrelsen, af 4. oktober 2017, Lekolar LEIKA A/S mod KomUdbud v/ Randers Kommune, og af 3. juli 2018, Lekolar Leika A/S mod Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune. Det betyder således, at hvis tilbudsgiveren ikke var eller burde være bekendt med den forestående overtrædelse af udbudsreglerne på tidspunktet for afgivelse af tilbud, foreligger der den fornødne årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende overtrædelse og det økonomiske tab, forudsat at disse betingelser er opfyldt.

Udbudsbetingelserne beskriver ikke nærmere, hvordan den evalueringstekniske pris vil blive udregnet. Det anføres alene, at "Evalueringen af pris sker på baggrund af tilbudsgivers udfyldelse af punktet "TCO pr. MW -Evalueringpris (kr.)" på fanebladet "Forside" i vedlagte tilbudsliste."

Den af Billund Varmeværk udarbejdede tilbudsliste, som tilbudsgiverne blandt andet skulle udfylde for at aflevere et tilbud, er en interaktiv Excel-fil. Excel-filen består af en forside benævnt "Hovedposter". Den evalueringstekniske pris ("TCO pr. MW – Evalueringpris") fremgår af cellen F18, der på baggrund af en af Billund Varmeværk sammensat formel summerer hovedposterne med nr. 1-9 (excel-række 5-13), der herefter, ifølge en kommentar til cellen C18, skal divideres med den garanterede varmeydelse.

Ser man nærmere på hovedposterne med nr. 1-9 (excel-række 5-13), stammer hver af disse hovedposter anført i kolonnen F fra de øvrige regneark i excel-filen. Summen i excel-celle F5 om ”1. Rørarbejder inkl. isolering” på excel-filens forside fremgår således af regnearket ”1. Rørarbejder”, hvor tilbudsgiveren er fremkommet med en række priser på rørarbejder. Summen i excel-celle F6 om ”2. Ventiler” fremgår af regnearket ”2. Ventiler”, hvor tilbudsgiveren er fremkommet med en række priser på ventil-arbejder. Tilsvarende gør sig gældende for de resterende hovedposter med nr. 3-9.

I forbindelse med afgivelsen af sit tilbud af 11. juni 2024 udfyldte Exodraft således alene de underliggende priser på de forskellige poster i regnearkene fra nr. 1-9. Herefter fremkom de af Billund Varmeværk fastsatte formler på regnearkets forside (benævnt ”Hovedposter”) automatisk med Exodrafts evalueringstekniske pris (TCO pr. MW – Evalueringspris). Exodraft har hermed opfyldt det fastsatte krav i udbudsbetingelserne for så vidt angår underkriteriet ”pris”.

På dette tidspunkt var Exodraft ikke bekendt med, at Billund Varmeværk ville kopiere Exodrafts pris på option 8 og tilføje denne til de andre tilbudsgiveres tilbud som led i tilbudsevalueringen. Der fremgik intet herom i udbudsbetingelserne, og Exodraft forudsatte derfor, at Billund Varmeværk ville håndtere optionerne på sædvanlig vis, herunder at den af Billund Varmeværk udarbejdede interaktive tilbudsliste tog højde for optionerne.

Klagenævnet har i kendelsen af 12. juni 2025 anført, at kopieringen af priser på optioner anses for at være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 og bekendtgørelse nr. 1078 af 29. juni 2022 § 15, jf. udbudslovens § 160, stk. 1. Klagenævnet har herunder anført: ”Den måde, som Billund Varmeværk valgte at gennemføre evalueringen på, er ikke beskrevet i udbudsmaterialet.”

Derfor har Exodraft ikke haft mulighed for at forudse, at Billund Varmeværk valgte at gennemføre tilbudsevalueringen på en måde, som ikke er beskrevet i udbudsbetingelserne, og som tillige er i strid med gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 og bekendtgørelse nr. 1078 af 29. juni 2022 § 15, jf. udbudslovens § 160, stk. 1. Hvis Exodraft forud for afgivelse af tilbud havde været bekendt med, at Billund Varmeværk ville handle i strid med udbudsreglerne i forbindelse med tilbudsevalueringen, havde Exodraft ikke afgivet et tilbud.

Exodraft var ikke bekendt med og kunne heller ikke have indset, at udbuddet ville blive videreført og gennemført i strid med de udbudsretlige regler. Exodraft havde i forbindelse med afgivelse af sit tilbud en klar forventning om, at tilbudsevalueringen ville blive foretaget i overensstemmelse med de udbudsretlige regler.

Exodraft ville ikke have anvendt ressourcer på deltagelse i udbuddet, hvis det stod klart for Exodraft, at udbuddets udformning udgjorde en overtrædelse af udbudsrettens principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Exodraft var således i god tro om, at udbuddet kunne gennemføres i overensstemmelse med udbudsretten, på trods af at det ikke var et krav, at alle tilbudsgivere skulle tilbyde option 8.

Prisen på option 8 kunne udelades i formelen for option 8 i den interaktive tilbudsliste, og Exodraft havde således med rette en forventning om, at Billund Varmeværk ikke medtog pris på optionen for de tilbudsgivere, der ikke tilbød option 8.

Der henvises i øvrigt til klagenævnets kendelse af 4. oktober 2017, Lekolar Leika A/S mod KomUdbud v/ Randers Kommune, hvor klagenævnet fandt, at det faktum, at den anvendte evalueringsmetode var usædvanlig og ikke kunne forudses af tilbudsgiverne, gjorde, at der forelå den nødvendige årsagsforbindelse mellem ordregivers overtrædelse af udbudsreglerne og tilbudsgivers tab forbundet med udarbejdelse af et tilbud.

Denne klagesag kan ikke sidestilles med klagenævnets kendelse af 5. september 2018, Sigmax Law Enforcement B.V. mod Rejsekort A/S, herefter ”Rejsekort-sagen”.

I Rejsekort-sagen var der i udbudsbetingelserne anført en evalueringsmodel, som hvilede på den klare forudsætning, at der ville indgå præcis fem tilbud i evalueringen. Det var ikke beskrevet i udbudsbetingelserne, hvordan modellen ville blive justeret, hvis Rejsekort A/S modtog færre end fem tilbud, hvilket blev relevant i sagen, hvor Rejsekort A/S alene modtog fire indledende tilbud og to endelige tilbud. Det måtte i sagen stå tilbudsgiverne klart, at udbuddet derfor ikke kunne gennemføres, hvis der ikke var fem tilbudsgivere, der havde afgivet tilbud.

De faktiske forhold i denne sag afviger fra ovenstående, idet spørgsmålet vedrører håndtering af optioner i forbindelse med tilbudsevaluering, og at den faktiske håndtering heraf ikke blev oplyst tilbudsgiverne, som således deltog i udbuddet i god tro. Det var på intet tidspunkt klart for tilbudsgiverne, at Billund Varmeværk ville kopiere prisen på option 8.

Det var endvidere påregneligt, at Billund Varmeværks overtrædelse af udbudsreglerne ville føre til et tab for Exodraft, når tilbudsevalueringen ikke blev foretaget i overensstemmelse med det, der fremgår af udbudsbetingelserne.

Billund Varmeværk har anerkendt, at der på baggrund af klagenævnets kendelse af 12. juni 2025 foreligger et ansvarsgrundlag. Derimod foreligger der ikke årsagssammenhæng mellem de overtrædelser af udbudsreglerne, som er konstateret ved klagenævnets kendelse af 12. juni 2025, og det tab, som Exodraft gør gældende, at virksomheden har lidt. Allerede på den baggrund er der ikke grundlag for at tilkende Exodraft erstatning.

Det følger af klagenævnets faste praksis i erstatningssager, at der ikke foreligger den nødvendige årsagssammenhæng og dermed ikke er grundlag for erstatning i form af negative kontraktinteresse, hvis 1) udbuddet ikke var egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, og 2) den erstatningssøgende var bekendt med det forhold, der udgjorde en overtrædelse af udbudsreglerne, da denne afgav tilbud.

I klagenævnets kendelse af 12. juni 2025 konstaterede klagenævnet, at udbudsmaterialet havde været udformet i strid med udbudslovens § 160, idet evalueringsmodellen ikke tog højde for, hvordan evalueringen skulle foretages i en situation, hvor ikke alle tilbudsgivere afgav tilbud på den option 8, som var beskrevet i udbudsmaterialet og indgik ved opgørelsen af tilbudsgivernes priser i tilbudslisten.

Klagenævnet udtalte vedrørende annullationspåstanden og grundlaget for tildeling af kontrakt, at ”Klagenævnet har taget påstand 3 og 4 til følge og fundet, at udbudsmaterialet er uklart og ikke er egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.” Klagenævnet har således allerede ved kendelsen af 12. juni 2025 slået fast, at det af Billund Varmeværk gennemførte udbud ikke var egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Hertil kommer, at Exodraft var bekendt med det forhold, som klagenævnet i kendelsen af 12. juni 2025 konstaterede udgjorde en overtrædelse af udbudsreglerne. De pågældende forhold knytter sig til udbudsmaterialet og den deri beskrevne evalueringsmodel, som tilbudsgiverne, herunder Exodraft, blev bekendt med allerede fra tidspunktet for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen.

At der ikke var krav om, at en tilbudsgiver skulle afgive tilbud på option 8, hvis tilbudsgiverens løsning var baseret på en installation, der ikke giver anledning til at anvende drev/motor på 10kV, blev i øvrigt bekræftet af Billund Varmeværk under udbuddet, jf. Billund Varmeværks orientering i svar nr. 29 i det udsendte rettelsesblad.

Det var således allerede fra offentliggørelsen af udbudsmaterialet klart, at udbudsmaterialet ikke forholdt sig til, hvordan evalueringen skulle gennemføres for det tilfælde, at én, men ikke alle tilbudsgivere, afgav tilbud, der omfattede en pris på den beskrevne option 8 i udbudsmaterialet.

Da Exodraft afgav tilbud, var virksomheden således fuldt ud bekendt med det forhold, som Exodraft senere valgte at klage over til klagenævnet som påstand 4.

For så vidt angår forholdet, der var omfattet af den påstand 3, som Exodraft også fik medhold i ved kendelsen af 12. juni 2025, skal det fremhæves, at der er tale om en overtrædelse af udbudsreglerne, der er uløseligt forbundet med den mangelfulde evalueringsmodel som fastslået af klagenævnet i relation til påstand 4. Det kan da også konstateres, at klagenævnet i kendelsen af 12. juni 2025 behandlede de to påstande 3 og 4 samlet.

Årsagen til, at Billund Varmeværk ved tilbudsevalueringen, ud fra konkurrencemæssige hensyn til Exodraft, valgte at tillægge Exodrafts pris for option 8 til de to øvrige tilbudsgiveres tilbudssummer, var således, at udbudsmaterialets evalueringsmodel ikke forholdt sig til, hvordan Billund Varmeværk skulle foretage tilbudsevalueringen i den situation, hvor én, men ikke alle tilbudsgivere, havde afgivet tilbudspris på option 8.

Billund Varmeværk bestrider i princippet ikke Exodrafts synspunkt om, at tilbudsgiverne ikke kunne forudse, at der eksplicit ville ske kopiering af Exodrafts pris for option 8 til de øvrige tilbudsgivere. Billund Varmeværk

fastholder imidlertid, at det ved tilbudsafgivningen har været kendt af alle tilbudsgivere, herunder Exodraft, at Billund Varmeværk ikke havde beskrevet udbuddets evalueringsmodel fyldestgørende i udbudsbetingelserne, idet der ikke var taget stilling til, hvordan evalueringen ville blive gennemført i den situation, hvor mindst én, men ikke alle tilbudsgivere, afgav en tilbudspris på option 8.

Det følger netop også af påstand 4, som Exodraft nedlagde under den materielle del af klagesagen, og som klagenævnet gav Exodraft medhold i, at evalueringsmodellen ikke var beskrevet fyldestgørende i udbudsbetingelserne, hvilket blev anset for at udgøre en overtrædelse af udbudslovens § 160.

Exodraft har fremført det synspunkt, at Exodraft havde en forventning om, at Billund Varmeværk ikke medtog pris på optionen for de tilbudsgivere, der ikke tilbød option 8. Exodrafts synspunkt fremstår noget uforståeligt, i og med at Exodraft selv tilbød option 8 og derfor helt åbenlyst ville være blevet behandlet i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis ikke Billund Varmeværk havde foretaget en form for opjustering af tilbudspriserne for så vidt angår de tilbudsgivere, der ikke havde afgivet tilbudspris på option 8. Det ville have udgjort en klar overtrædelse af ligebehandlingsprincippet til skade for Exodraft, hvis Billund Varmeværk uden nogen form for regulering havde evalueret tilbuddene fra Exodraft, der havde afgivet tilbudspris på option 8, og Krebs og Wicotec Kirkebjerg, der ikke havde afgivet tilbudspris på option 8, på baggrund af den evalueringsmodel, der var beskrevet i udbudsmaterialet.

Billund Varmeværks udbudsmateriale har således som følge af den utilstrækkeligt udformede evalueringsmodel aldrig kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, hvilket klagenævnet også slog entydigt fast i kendelsen af 12. juni 2025 i præmisserne til annullationspåstanden.

Exodraft har fremført det synspunkt, at Exodraft ikke ville have anvendt de med tilbudsafgivningen forbundne ressourcer, hvis det havde stået klart for Exodraft, at ”udbuddets udformning udgjorde en overtrædelse af udbudsrettens principper om ligebehandling og gennemsigtighed”. Det følger af fast praksis fra klagenævnet, at der ikke kan tilkendes en tilbudsgiver erstatning, hvis udbudsmaterialet – og dermed udbuddets udformning – ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Exodraft nedlagde selv under den materielle klagesag påstand 4 om, at udbuddets udformning på grund af den mangelfulde evalueringsmodel ikke var i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Den mangelfulde evalueringsmodel, og dermed det forhold, der udgør en overtrædelse af udbudsreglerne, var fastlagt allerede på tidspunktet for offentliggørelsen af udbudsmaterialet. Der foreligger derfor ikke den påkrævede årsagsforbindelse mellem den konstaterede overtrædelse af udbudsreglerne og Exodrafts hævdede økonomiske tab.

Situationen i den konkrete sag svarer til den situation, der forelå i sagen i klagenævnets kendelse af 5. september 2018, Sigmax Law Enforcement B.V. mod Rejsekort A/S. I Rejsekort-sagen var der således på tilsvarende måde tale om, at den beskrevne evalueringsmodel i udbudsmaterialet ikke tog højde for de konkrete omstændigheder, der var indtruffet ved tilbudsafgivningen, hvorefter Rejsekort A/S havde set sig nødsaget til at ændre/justere evalueringsmodellen i forbindelse med tilbudsevalueringen.

Klagenævnet konstaterede herefter i den indledende materielle kendelse, at Rejsekort A/S havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at have anvendt en metode ved evalueringen, som stred mod det, der var beskrevet i udbudsmaterialet, svarende til Exodrafts påstand 3 under denne klagesag. I den efterfølgende erstatningssag frifandt klagenævnet Rejsekort A/S for den erstatningssøgende tilbudsgivers erstatningskrav i forhold til såvel positive opfyldelsesinteresse som negative kontraktinteresse. Klagenævnet begrundede dette med, at den beskrevne evalueringsmodel i udbudsmaterialet var i strid med såvel ligebehandlings- som gennemsigtighedsprincippet og dermed ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Der er ingen konkrete omstændigheder eller forskelle, der tilsiger, at klagenævnet skal behandle Exodrafts erstatningskrav anderledes, end klagenævnet behandlede den erstatningssøgende tilbudsgivers erstatningskrav i Rejsekort-sagen.

Den erstatningskendelse af 4. oktober 2017, Lekolar Leika A/S mod KomUdbud v/ Randers Kommune, som Exodraft har henvist til, relaterer sig til et udbud gennemført før 1. januar 2016, hvor der ikke bestod en forpligtelse for

ordregivende myndigheder til at beskrive evalueringsmodellen i udbudsmaterialet, hvilket den indklagede ordregivende myndighed heller ikke havde gjort. De overtrædelser af udbudsreglerne, der knyttede sig til det erstatningskrav, som klagenævnet anerkendte, relaterede sig således alene til den konkrete evaluering og ikke til det offentliggjorte udbudsmateriale.

I modsætning til situationen ved det af Billund Varmeværk gennemførte udbud, var den erstatningssøgende tilbudsgiver således ikke ved tilbudsafgivningen bekendt med de forhold, som klagenævnet senere konstaterede udgjorde en overtrædelse af udbudsreglerne. Lekolar Leika-sagen adskiller sig således grundlæggende fra den konkrete sag, og derfor var det også helt naturligt, at den erstatningssøgende tilbudsgiver i Lekolar Leika-sagen blev tilkendt erstatning af klagenævnet.

Ad erstatningskravet

Exodraft har vedrørende opgørelsen af erstatningskravet gjort gældende, at Exodraft er berettiget til erstatning på 1.840.620,75 kr. svarende til negativ kontraktinteresse.

Den nærmere argumentation til støtte for anbringendet er ikke gengivet i kendelsen.

Billund Varmeværk har gjort gældende, at såfremt klagenævnet måtte nå frem til, at der er grundlag for at tilkende Exodraft erstatning, skal erstatningen fastsættes til et markant lavere beløb end det, Exodraft har nedlagt påstand om, idet kravet er udtryk for et udokumenteret skøn.

Den nærmere argumentation til støtte for anbringendet er ikke gengivet i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

Det er ubestridt, at der på baggrund af de overtrædelser af udbudsreglerne, der er konstateret i klagenævnets kendelse af 12. juni 2025, foreligger et ansvarsgrundlag.

Spørgsmålet er herefter, om der er årsagssammenhæng mellem Billund Varmeværks overtrædelser af udbudsreglerne og det af Exodraft påståede tab, der er opgjort som negativ kontraktinteresse.

Efter fast praksis er der ikke årsagssammenhæng og dermed ikke grundlag for erstatning i form af negativ kontraktinteresse, hvis 1) udbuddet ikke var egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, og 2) den erstatningssøgende var bekendt med eller burde være bekendt med det eller de forhold, der udgjorde en overtrædelse af udbudsreglerne, da denne afgav tilbud ved udbuddet.

Klagenævnet slog i kendelse af 12. juni 2025 blandt andet følgende fast:

”Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 5.2.1 blandt andet, at evalueringen af underkriteriet pris ville ske ”på baggrund af tilbudsgivers udfyldelse af punktet ”TCO pr. MW - Evalueringspris (kr.)” på fanebladet ”Forside” i vedlagte tilbudsliste.”

Af tilbudslisten kan det udledes, at den evalueringstekniske pris, som fremgår af punktet ”TCO pr. MW - Evalueringspris (kr.)”, indeholdt summen af blandt andet samtlige optioner, uanset at der i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.11 var krydset ”nej” til optioner. Ifølge tilbudslisten ville en option, der ikke blev tilbudt, dermed ikke blive medregnet i den evalueringstekniske pris.

Det fremgår imidlertid ikke klart af udbudsbetingelserne, tilbudslisten eller den efterfølgende annoncering angående option 8, hvorledes Billund Varmeværk ville forholde sig til den evalueringstekniske pris, hvis ikke alle tilbudsgivere afgav tilbud på samtlige optioner, og dette ikke var udtryk for, at disse tilbudsgivere havde taget forbehold. Evalueringsmetoden har dermed ikke været entydigt fastlagt og beskrevet på forhånd.

Den måde, som Billund Varmeværk valgte at gennemføre evalueringen på, er ikke beskrevet i udbudsmaterialet.

...

Efter § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud kan klagenævnet annullere en ordregivers ulovlige tildelingsbeslutning.

Klagenævnet har taget påstand 3 og 4 til følge og fundet, at udbudsmaterialet er uklart og ikke er egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.”

Der var altså tale om, at udbuddet ikke var egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Den pågældende overtrædelse fremgik af udbudsmaterialet og var af en sådan karakter, at Exodraft var eller burde have været bekendt hermed, inden Exodraft afgav sit tilbud.

Herunder bemærkes, som også fremhævet i kendelsen af 12. juni 2025, at der i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.11 var krydset ”nej” til optioner, uagtet at optioner i henhold til udbudsgrundlaget kunne være og faktisk blev en del af den evalueringstekniske pris.

Den omstændighed, at Billund Varmeværk konkret valgte at gennemføre evalueringen på en måde, der ikke er beskrevet i udbudsmaterialet, kan således ikke føre til et andet resultat, idet denne overtrædelse er tæt knyttet til den konstaterede fejl i udbudsmaterialet angående opgørelsen af den evalueringstekniske pris, som bevirkede, at det ikke var egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Herefter foreligger der samlet set ikke den nødvendige årsagssammenhæng mellem overtrædelsen og det af Exodraft påståede tab.

Exodraft har således ikke krav på erstatning, hvorfor Billund Varmeværks påstand om frifindelse tages til følge.

Herefter bestemmes

Billund Varmeværk A.m.b.a. frifindes.

Exodraft Energy HP A/S skal vedrørende denne del af sagen i sagsomkostninger betale 25.000 kr. til Billund Varmeværk A.m.b.a.

De samlede sagsomkostninger, som Billund Varmeværk A.m.b.a. endeligt skal betale til Exodraft Energy HP A/S, udgør herefter 15.000 kr.

Beløbet skal betales inden 14 dage efter, at denne afgørelse er meddelt parterne.

Mads Stokholm