

Klagenævnet for Udbud

(N. Feilberg Jørgensen, Kent Petersen,
Melitta Keldebæk)

J.nr.: 2011-0024641

19. december 2013

K E N D E L S E

Phonak Danmark A/S
(selv)

mod

Københavns Kommune
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

Den 16. juli 2012 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1-4. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstand 5 om erstatning, indtil klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 5

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 51.697,50 kr. med procesrente fra den 17. august 2012.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Klageren har opgjort sit krav som den negative kontraktsinteresse således:

1. Udgift til konsulent vedrørende udarbejdelse af

notat og tilbud	33.937,50 kr.
2. Internt tidsforbrug 37 timer a 480 kr.	17.760,00 kr.
Ialt	51.697,50 kr.

Indklagede har ikke størrelsesmæssigt bestridt erstatningsposterne, men har bestridt, at betingelserne for at opnå erstatning er opfyldt.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 16. juli 2012 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Ad påstand 1:

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at fastsætte underkriteriet »1. Pris«, uanset underkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet indklagede anmodede og opfordrede tilbudsgiverne til at tilbyde flere produkter end der var plads til på tilbudsskema 1, delaftale 1, Appendiks 4.

Ad påstand 2:

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og 53 ved at fastsætte underkriteriet »1. Pris«, uanset underkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet indklagede som svar på et stillet spørgsmål havde opgivet uklare og ikke entydige kvantiteter pr. produkttype, jf. tilbudsskema 1, delaftale 1.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de fastslåede overtrædelser af EU-udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

Klageren har nærmere anført, at klageren ikke ud fra udbudsbetingelserne kunne konstatere, at indklagede ville begå de overtrædelser, som klagenævnet senere fastslog. Indklagede overholdt under udbuddet ikke de krav, der stilles til en ordregiver. De ulovligheder, som indklagede begik, førte til at klageren led et tab, som kan opgøres til omkostningerne ved at afgive tilbuddet.

Specielt vedrørende årsagssammenhæng har klageren anført, at kriterierne angivet i udbudsbetingelserne ikke var af en sådan karakter, at det burde have været klart for klageren, at afgivelse af tilbud kunne vise sig at være forgæves. Klageren havde en forventning om, at indklagede ville håndtere udbudsreglerne på en lovlig måde, ligesom klageren ikke ville have udarbejdet tilbud og afholdt omkostningerne hertil, hvis klageren på forhånd havde vidst, at indklagede ikke ville gennemføre en professionel og lovlig evaluering af tilbuddene, hvor indklagede i øvrigt indgik kontrakt med den hidtidige leverandør. Klageren har yderligere gjort gældende, at indklagede under klagesagen bestred, at udbudsbetingelserne vedrørende tilbud på flere produktkategorier som beskrevet under påstand 1 og vedrørende indklagedes indkøb af produkttyper som beskrevet under påstand 2 var i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Når indklagede nu gør gældende, at klageren var eller burde have været bekendt med de forhold, der udgjorde overtrædelserne, burde indklagede så meget desto mere have været bekendt hermed, og indklagede burde således ikke have bestridt overtrædelserne under klagesagen.

Indklagede har gjort gældende, at de konstaterede overtrædelser af EU-udbudsreglerne ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har nærmere anført, at der ikke er årsagssammenhæng mellem krænkelsen og det tab, der kræves erstattet. Klageren var eller burde have været bekendt med de overtrædelser, som indklagede begik. Indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne bestod i, at der var fejl i udbudsbetingelserne, og da klageren kunne konstatere disse fejl forud for tilbudsafgivelsen, er betingelsen om årsagsforbindelse ikke opfyldt, og klageren må antages at have accepteret risikoen for tab forårsaget af indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne.

Indklagede har specifikt vedrørende påstand 1 henvist til, at det fremgik af udbudsbetingelserne, at det var muligt at tilbyde flere produkter under hver produktkategori. Inden afgivelse af sit tilbud stillede klageren indklagede spørgsmålene, »om ordregiver tildeler flere point jo flere produkter der tilbydes?« samt »Betyder jeres svar, at jo flere varelinjer der udfyldes, jo flere point, og hvis ja – hvordan hænger dette så sammen med udbudsdirektivets artikel 2 om gennemsigtighed og ligebehandling. Hvis

svaret omvendt er nej. Hvor mange linjer skal så opgives for at få tildelt max. point«. Det fremgår af det citerede, at klageren var eller burde have været bekendt med de forhold, der udgjorde denne overtrædelse.

Indklagede har specifikt vedrørende påstand 2 henvist til, at det fremgik af udbudsbetingelserne, at der ved vurderingen af underkriteriet pris ville blive lagt vægt på de oplyste priser sammenholdt med »det skønnede forbrug af de enkelte ydelser«. Inden klageren afgav sit tilbud, bad klageren om at få oplyst vejledende kvantiteter på de ønskede produkter, idet »pris og kvantiteter hænger sammen, vil vi kunne udarbejde et mere attraktivt tilbud«. Klageren tilføjede, at »kan dette ønske ikke imødekommes, vil den nuværende leverandør have en konkurrenceforvridende fordel ved at kende de hidtil leverede kvantiteter«. Indklagede tilsendte klageren et skema, hvoraf fremgik, hvor meget der var blevet indkøbt i 2009 af visse produktkategorier. Oplysningerne i skemaet svarede ikke til de produktkategorier, der var anført i tilbudsskemaet, hvorfor klageren stillede yderligere 3 spørgsmål om kvantiteterne. Indklagede henviste i sit svar til et tidligere besvaret spørgsmål. Svaret opklarede ikke de stillede spørgsmål. Indklagede har på denne baggrund gjort gældende, at det for klageren inden afgivelse af tilbud var klart, at de angivne indkøb i 2009 var uklare og ikke entydige kvantiteter pr. produkttype. Indklagede har endelig henvist til Linda Ravnholts forklaring under den mundtlige forhandling om baggrunden for at stille spørgsmålet om vejledende kvantiteter samt hendes forklaring om, at man ikke af svaret kunne se, »om de solgte mængder vedrørende alarmsendere var produkter med lys, lyd eller vibration. Det var heller ikke klart for tilbudsgiverne, hvad »lamper« var«.

Indklagede har derfor gjort gældende vedrørende påstand 2, at klageren også inden afgivelse af tilbud var eller burde have været bekendt med de forhold, der udgjorde overtrædelsen, hvorfor der ikke foreligger årsagssammenhæng mellem den konstaterede overtrædelse og de afholdte udgifter til udarbejdelsen af tilbuddet.

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende erstatningskravet gjort gældende, at klageren har krav på at få dækket sit tab for de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden under udbuddet afgav tilbud, og at klageren således har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse. Klageren

har dokumenteret sine afholdte udgifter, der er rimelige og i øvrigt ikke er bestridt af indklagede.

Indklagede har ikke anført anbringender vedrørende erstatningskravets størrelse.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Begge de overtrædelser af EU-udbudsreglerne, som klagenævnet har konstateret ved kendelsen af 16. juli 2012, er overtrædelser, som klageren ved tilbudsafgivelsen kendte eller burde kende til, hvorfor der ikke er den fornødne årsagsforbindelse. Klageren får derfor ikke dækket udgift ved at afgive tilbud.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Københavns Kommune, frifindes.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina Kønig Mejl
fuldmægtig