

K E N D E L S E

Rent A/S  
(advokat Jesper Køppen Mieritz, Køge)

mod

Køge Kommune  
(advokat Povl Nick Bronstein, København)

Den 19. november 2012 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1 - 9, 12 og 18. Klagenævnet tog ikke stilling til påstand 10 - 11 og 13 - 17. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens erstatningspåstande, indtil klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene.

Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 19

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 4.606.577,25 kr. med tillæg af procesrente fra den 1. marts 2012 og indtil betaling sker, subsidiært et mindre beløb fastsat af klagenævnet med tillæg af procesrente fra den 1. marts 2012 og indtil betaling sker.

Påstand 20 (subsidiær i forhold til påstand 19)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 114.383,12 kr. med tillæg af procesrente fra den 1. marts 2012 og indtil betaling sker, subsidiært et mindre beløb fastsat af klagenævnet med tillæg af procesrente fra den 1. marts 2012 og indtil betaling sker.

Beløbet i påstand 19 angår klagerens positive opfyldelsesinteresse, og beløbet i påstand 20 angår klagerens negative kontraktinteresse.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 19 således:

Distrikt 1, Midt A

- 15.563,75 timer á 210 kr.

Omkostninger svarende til 180 kr. pr. arbejdstime svarende til en fortjeneste på 30 kr. pr. time

Fortjeneste pr. år (15.563,75 timer x 30 kr.)	466.912,50 kr.
---	----------------

- 7.963,50 á 203 kr.

Omkostninger svarende til 180 kr. pr. arbejdstime svarende til en fortjeneste på 23 kr. pr. time

Fortjeneste pr. år (7.963,50 timer x 23 kr.)	183.160,50 kr.
--	----------------

Samlet fortjeneste pr. år	650.073,00 kr.
---------------------------	----------------

Distrikt 2, Midt B

- 7.300,75 timer á 210 kr.

Omkostninger svarende til 180 kr. pr. arbejdstime svarende til en fortjeneste på 30 kr. pr. time

Fortjeneste pr. år (7.300,75 timer x 30 kr.)	219.022,50 kr.
--	----------------

- 16.722,75 timer á 203 kr.

Omkostninger svarende til 180 kr. pr. arbejdstime svarende til en fortjeneste på 23 kr. pr. time

Fortjeneste pr. år (16.722,75 timer x 23 kr.)	384.623,25 kr.
---	----------------

Samlet fortjeneste pr. år	603.645,75 kr.
---------------------------	----------------

Distrikt 4, Syd

- 11.586,25 timer á 210 kr.

Omkostninger svarende til 180 kr. pr. arbejdstime svarende til en fortjeneste på 30 kr. pr. time	
Fortjeneste pr. år (11.585,25 timer x 30 kr.)	347.587,50 kr.
- 3.209,25 timer á 203 kr.	
Omkostninger svarende til 180 kr. pr. arbejdstime svarende til en fortjeneste på 23 kr. pr. time	
Fortjeneste pr. år (3.209,25 timer x 23 kr.)	73.812,75 kr.
Samlet fortjeneste pr. år	<u>421.400,25 kr.</u>

#### Distrikt 1, 2 og 4

Samlet fortjeneste år 1 (12 måneder) (650.073 + 603.645,75 + 421.400,25)	1.675.119,00 kr.
Samlet fortjeneste år 2 (12 måneder) (650.073 + 603.645,75 + 421.400,25)	1.675.119,00 kr.
Samlet fortjeneste år 3 (9 måneder) (487.554,75 + 452.734,31 + 316.050,19)	1.256.399,25 kr.
Samlet fortjeneste under delaftalernes løbetid	<u>4.606.577,25 kr.</u>

Avance i procent pr. år (Samlet omsætning pr. år: 12.897.444 kr.)	13 %
--	------

Klageren har opgjort sit krav i påstand 20 således:

a. Beregning af tilbud m.m. Danplan (ekstern konsulentbistand)	33.563,12 kr.
b. Egne timer, 72 timer af kr. 1.122,50 (leder)	80.820,00 kr.
I alt	<u>114.383,12 kr.</u>

Indklagede har størrelsesmæssigt bestridt samtlige poster i klagerens opgørelser og har gjort gældende, at tabet er udokumenteret.

#### Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 19. november 2012 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt udbudsreglerne således:

##### »Påstand 2

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet 1.10.3 »Tilbudsgivers plan for opstartspro-

cedure«, ved ikke at have inddraget klagerens beskrivelse af, hvordan virksomhedsoverdragelsesproceduren ville blive håndteret.

### Påstand 3

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet 1.10.3 »Tilbudsgivers plan for opstartsprocedure«, ved at have taget hensyn til længden af forberedelsesfasen uagtet, at der i oversigten i udbudsbetingelserne over de delkriterier, der skulle anvendes ved vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet 1.10.3 »Tilbudsgivers plan for opstartsprocedure« ikke var anført »længden af forberedelsesfasen«.

### Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet 1.10.3 »Tilbudsgivers plan for opstartsprocedure«, ved ikke at have taget hensyn til klagerens angivelse af den planlagte indkørfase.

### Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet 1.10.4 »Drifts- og leveringssikkerhed«, ved at have tillagt det vægt, at klageren ikke havde vedlagt specifikke kompetenceoversigter over sine ledere, idet dette ikke fremgik af udbudsbetingelserne.

### Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet 1.10.4 »Drifts- og leveringssikkerhed«, ved at have tillagt det negativ virkning for klageren, at klageren ikke havde vedlagt sin ISO-manual.

### Ad påstand 7

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet 1.10.4 »Drifts- og leveringssikkerhed«, ved at fremkomme med en afgørelse om, at klagerens materiale ikke angav præcise elementer fra klagerens ISO-manual.

### Ad påstand 8

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet 1.10.4 »Drifts- og leveringssikkerhed«, ved

ikke at fremkomme med en afgørelse om, at klagerens materiale ikke angav præcise elementer fra klagerens ISO-manual.

#### Ad påstand 9

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet 1.10.4 »Drifts- og leveringssikkerhed«, ved at have inddraget et krav om »yderligere« i øvrigt ikke angivne »oplysninger«, uagtet at der i oversigten i udbudsbetingelserne over de delkriterier, der skulle anvendes ved vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet 1.10.4 »Drifts- og leveringssikkerhed«, udelukkende var anført, at tilbuddet skulle indeholde »oplysning om, hvordan tilbudsgiver vil sikre og dokumentere, at der i tilfælde af kritik af kvaliteten, er leveret den af tilbudsgiver fastsatte normering til udførelse af rengøringen«.

#### Ad påstand 12

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, ved vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet 1.10.6 »Kvalitet og service«, ved at have tillagt det negativ virkning for klageren, at klageren ikke havde vedlagt sin ISO-manual.«

Klagenævnet udtalte i kendelsen af 19. november 2012 blandt andet:

»Det, der er anført ad påstand 2 - 9 og 12 viser, at der vedrørende klagerens tilbud for så vidt angår underkriterium 3 og 4 er sket en ulovlig og åbenbart for lav pointtildeling. Den faktiske anvendelse af evalueringsmodellen er behæftet med sådanne mangler, at tildelingsbeslutningen ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.«

Klagenævnet tog herefter klagerens påstand om annullation af indklagedes tildelingsbeslutning til følge.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, der som tilbudsgiver havde afgivet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« uden at få kontrakten.

Indklagede har bestridt, at de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Klageren har gjort gældende, at klageren har lidt et tab, at indklagede har handlet ansvarspådragende, at tabet var påregneligt og adækvat, og at kravet er rimeligt og korrekt opgjort.

Klageren har vedrørende påstand 19 nærmere gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne, ville have fået tildelt delaftale 1 (rengøring Distrikt 1, Midt A), delaftale 2 (rengøring Distrikt 2, Midt B) og delaftale 4 (rengøring Distrikt 4, Syd), eller at det i hvert fald er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået tildelt delaftalerne. Klageren har derfor krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud i relation til delaftale 1, 2 og 4. Den samlede pointdifference mellem klagerens tilbud og det vindende tilbud i relation til delaftale 1 var alene 1 point. For underkriterium 3 og 4 havde klagerens tilbud i relation til delaftale 1, 2 og 4 fået henholdsvis 5 og 3 point mindre end det vindende tilbud. Den samlede pointdifference mellem klagerens tilbud og det vindende tilbud i relation til underkriterium 3 og 4 var 8 point. For så vidt angår underkriterium 6 skulle klagerens tilbud have været tildelt maksimum point. Klagenævnets udtalelse sammenholdt med, at den samlede pointdifference mellem klagerens tilbud og det vindende tilbud var 1 point i relation til delaftale 1, 6 point i relation til delaftale 2 og 7 point i relation til delaftale 4, medfører, at det er sandsynliggjort, at klagerens tilbud ville have fået flere point end det vindende tilbud. Klageren har sandsynliggjort, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige. Klageren har endvidere anført, at det ifølge retspraksis påhviler indklagede at godtgøre, at klagerens tilbud, dersom pointtildelingen var sket korrekt og uden mangler, ikke ville være blevet antaget. Denne bevisbyrde har indklagede ikke løftet.

Klageren har bestridt, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt. I den forbindelse har klageren i første række anført, at indklagede er afskåret fra at gøre spørgsmålet om konditionsmæssighed til genstand for nærværende sag, idet indklagede allerede har antaget klagerens tilbud som konditionsmæssigt. Indklagede meddelte den 15. november 2011, at de delaftaler, hvor klageren var prækvalificeret, var blevet tildelt ISS Facility Services A/S. Indklagede har dermed i samme forbindelse konstateret, at klagerens

tilbud var konditionsmæssigt, jf. udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2 modsætningsvist.

I relation til indklagedes påberåbte »ukonditionsmæssigheder 1 - 10« har klageren anført følgende:

1. Klageren beskrev sine kompetencer i tilbuddet, idet »den gennemsnitlige ledelses- og brancheanciennitet i driftsledelsen« blev oplyst i pjecen »Organisation helt enkelt« samt i »Personale helt enkelt«, under »Arbejds miljø« og under »Instruktion og uddannelse«.

2. Klageren har anført, at der jf. påstand 8 er udleveret specifikke farveskemaer til medarbejderne, hvorfor der er sket en præcisering overfor medarbejderne.

3. Klageren har beskrevet sine konkrete kvalitetssikringstiltag i forbindelse med opgaveløsningen i »Kvalitet helt enkelt«, hvori anføres, at der udfyldes en kvalitetsrapport, som dokumenterer kvaliteten af den daglige indsats, ligesom inspektøren udarbejder successive kvalitetsrapporter for hvert enkelt medarbejderområde. Det er endvidere anført, at der udføres en IT-baseret kvalitetskontrol, og det beskrives, hvad denne gik ud på.

4. Klageren har anført, at der i tilbuddet var udarbejdet specifikke normeringer for hvert område, jf. timeopgørelsen, hvor det udtrykkeligt er angivet, hvordan opgaven organiseres for hvert område. Endvidere har klageren henvist til skrivelsen af 27. oktober 2011, hvori anføres, »at samtlige medarbejdere vil gennemgå et opgavespecifikt introduktionskursus, som tager direkte udgangspunkt i forståelsen af rengøringsinstruktionen.« Det er endvidere anført, hvad instruktionen omfatter. Klageren har endelig henvist til »Organisation helt enkelt«, hvori klagerens tilrettelæggelse af arbejdet er beskrevet.

5. Klageren har anført, at det i bilaget »Kvalitet helt enkelt«, er beskrevet, at »Inspektøren vil endvidere anvende rapporten som grundlag for kvalitetsopfølgning, herunder: 1. Ved at gennemgå kvalitetsrapporten i detaljer sammen med rengøringsassistenten med henblik på evt. justeringer eller forbedringer i det daglige arbejde.«

6. Klageren har henvist til sin skrivelse af 27. oktober 2011, hvori der er flere siders beskrivelse vedrørende klagerens drifts- og leveringssikkerhed.

7. Klageren har henvist til argumentationen vedr. påstand 14 i hovedsagen. Indklagede vælger bevidst at overfortolke ordet »indiskutabelt«, idet brugen af ordet »unormalt« tillige indeholder en subjektiv vurdering af, hvad der er normalt og ikke normalt. Klageren har gjort gældende, at udtrykket »indiskutabelt høje tidsforbrug« ikke kan være et forbehold, selvom der i udbudsbetingelserne anvendes ordet »unormalt«.

8. Klageren har anført, at det af bilaget »Kvalitet helt enkelt« fremgår, at der udfærdiges en kvalitetsrapport, samt at der udføres successive kvalitetsrapporter. Klageren beskriver i dokumentet, at der løbende anvendes IT-udstyr til at aflægge rapporter. Klageren oplyser, at der udføres en IT-baseret normeringskontrol og en IT-baseret kvalitetskontrol ved brug af forskellige systemer.

9. Kravet i udbudsbetingelsernes punkt 1.8 om »at leverandørens personale ... under arbejdets udførelse [skal] være iført en identificerbar arbejdsbeklædning med virksomhedslogo...« er belyst i klagerens tilbud. Klageren har i den forbindelse henvist til manualen »Personale helt enkelt«, som udgjorde en del af klagerens tilbud - afsnit 3, 1. spalte, sidste afsnit og afsnit 4 under overskriften »Ansættelsesprocedure«. Der var i udbudsbetingelserne ikke krav om en specifik beskrivelse heraf.

10. Klagerens tilbud opfyldte også kravet i udbudsbetingelsernes punkt 1.8 om, at »der ... højst [må] anvendes ét rengøringsmiddel pr. rengøringsfunktion (f.eks. rengøring af spejle, vask af gulv)«. Klageren har i den forbindelse henvist til manualen »Miljø helt enkelt«, som udgjorde en del af klagerens tilbud - afsnit 3 under overskriften »Niveau 3: Produktion«, hvorefter klageren ville »Vælge metoder, der konsekvent udgør den mindste miljøbelastning« og afsnit 4, »Miljøhensyn og brugen af kemi«, punkt 2, hvor det anføres om anvendelse af kemikalier til daglig rengøring, »... er så komplekse, at de kan indgå i samarbejde med højst 2-3 andre kemikalier, da vi ønsker at begrænse antallet af forskellige kemikalier mest muligt«.

Klageren har endelig anført, at det ikke fremgår af udbudsbetingelserne, om angivelse af samtlige udbuddets kriterier og forudsætninger var et mindstekrav, som ville medføre, at det afgivne tilbud var at anse som ukonditions-



mæssigt, såfremt dette ikke for samtlige forhold var efterlevet, jf. udbudsbetingelsernes punkt 1.9 om forbehold modsætningsvist. Det ville i relation til en naturlig formålsfortolkning savne fornuft. En sådan snæver fortolkning er da heller ikke anvendt af de øvrige tilbudsgivere. Klagerens tilbud har implicit indeholdt en accept af indklagedes udbudsbetingelser. Konkrete betingelser omhandlende beklædning og arbejdsprocedurer antages som fast praksis at blive efterlevet af leverandøren. En gengivelse af hver enkelt betingelse efterfulgt af en udtrykkelig accept heraf kan ikke antages at have været indklagedes formål med ønsket om belysning af indklagedes opstillede krav. Kravet herom må formodes at bero på ønsket om, at indklagede ved behandling af de enkelte tilbud tilføres tilstrækkelige informationer til, at indklagede på et oplyst grundlag kunne bedømme tilbuddet i relation til udbuddets angivne rammer, kriterier og pointtildeling.

Det forhold, at anvendelsen af evalueringsmodellen for de øvrige tilbudsgivere har været ulovlig, betyder ikke, at indklagedes anvendelse af modellen i sin helhed har været ulovlig. Klagenævnets afgørelse betyder ikke, at klageren ikke efter anvendelse af evalueringsmodellen kan tildeles kontrakten. En ordregiver kan ikke påberåbe sig, at udbudsproceduren generelt var ulovlig for derved at omgå sin erstatningspligt. Hvis klagenævnet måtte nå frem til, at indklagedes evalueringsmodel og fremgangsmåde for de øvrige tilbudsgivere har været ulovlig, så har indklagede ikke godtgjort, at indklagede ikke ville antage klagerens tilbud, såfremt indklagedes evalueringsmodel og fremgangsmåde for klageren samt de øvrige tilbudsgivere havde været lovlig.

Klageren har vedrørende påstand 20 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab vedrørende forgæves afholdte udgifter i forbindelse med tilbuddets afgivelse. Klageren har derfor krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse.

Klageren har nærmere anført, at klageren ikke ville have budt på opgaven, såfremt klageren havde været bekendt med, at indklagede ikke foretog en lovlig vurdering af klagerens tilbud.

Indklagede har vedrørende påstand 19 overordnet gjort gældende, at klageren hverken har godtgjort eller sandsynliggjort, at klageren, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået tildelt delaftale 1, 2 og 4,

og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse.

Indklagede har henvist til, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, at udbudsproceduren var ulovlig, og at klageren ikke har dokumenteret, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede har anført, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt af nedenævnte grunde, hvorfor indklagede var berettiget og forpligtet til at afvise klagerens tilbud:

1. Tilbuddet fra klageren indeholdt ikke en beskrivelse af ledelsens kompetencer i forhold til den konkrete opgave, uanset at det i udbudsbetingelsernes punkt 1.10.4 var anført, at tilbud skulle indeholde en »...beskrivelse af ledelsens kompetencer ...«. Indklagede har i denne forbindelse gjort gældende, at en angivelse af ledelsens gennemsnitlige ledelses- og brancheanciennitet ikke kan sidestilles med en kompetencebeskrivelse.
2. Tilbuddet fra klageren indeholdt ikke en beskrivelse af »... forslag til, hvordan de i udbudsmaterialet fastlagte kravspecifikationer for ydelserne vil blive præciseret og/ eller konverteret i forhold til instruktion af serviceledelse og servicemedarbejdere ...«, således som dette var fastsat i udbudsbetingelsernes punkt 1.10.4, 2. bullet.
3. Tilbuddet fra klageren indeholdt ikke en beskrivelse af planer for konkrete kvalitetssikringstiltag i forbindelse med opgaveløsning, uanset at det i udbudsbetingelsernes punkt 1.10.6, 1. bullet, var fastsat, at tilbud skulle indeholde en beskrivelse af »... hvilke konkrete kvalitetssikringstiltag, der vil blive anvendt i forbindelse med opgaveløsningen for...«.
4. Tilbuddet fra klageren indeholdt ikke en beskrivelse af planer for den specifikke organisering af opgavens løsning, uanset at det af udbudsbetingelsernes punkt 1.10.6, 2. bullet fremgik, at tilbud skulle indeholde en beskrivelse af » ... en specifik organisering af arbejdet ...«. Tilbuddet fra klageren indeholdt alene en angivelse af den procentuelle andel af ledelsesnormeringen.

5. Tilbuddet fra klageren indeholdt ikke »... en tjekliste til brug for instruktion af service- medarbejdere og til hjælp i disses daglige indsats«, således som dette var fastsat i udbudsbetingelsernes punkt 1.10.6, 3. bullet.

6. Tilbuddet fra klageren indeholdt ikke en beskrivelse af »... hvordan en høj drift- og leveringssikkerhed specifikt sikres i opgaver, som løses for indklagede i forhold til den udbudte opgave«, uanset at dette var fastsat i udbudsbetingelsernes punkt 2.6, side 20.

7. Tilbuddet fra klageren angav alene, at der ved indklagedes indskutable høje tidsforbrug kunne ske compensation, uanset at det af udbudsbetingelsernes punkt 1.10.7, 3. bullet, fremgik, at tilbudsgiverne skulle komme med konkrete forslag til compensation for indklagedes unormalt høje tidsforbrug ved mangelsudbedringer m.v. Klagerens tilføjelse af ordet »indiskutabelt« må anses som en yderligere kvalificering af et højt tidsforbrug udover, hvad der forstås ved et »unormalt højt tidsforbrug«. Indføjelsen af ordet »indiskutabelt« skal således forstås som et forbehold. Det fremgik af udbudsbetingelsernes punkt 1.9, at »[t]ilbudsgiver kan ikke tage forbehold vedrørende udbudsmaterialet, udbudsprocessen eller en efterfølgende aftale. Eventuelle forbehold i tilbudsgivers tilbud vil derfor medføre, at tilbudsgivers tilbud vil blive erklæret for ikke konditionsmæssigt, og det kan således ikke indgå i den videre tilbudsvurdering.«

8. Tilbuddet fra klageren indeholdt ikke »beskrivelser af, hvorledes kvalitetssikringen, -kontrollen og -rapporteringen vil blive gennemført«, således som dette var fastsat i udbudsbetingelsernes punkt 7.1, side 36.

9. Tilbuddet fra klageren indeholdt ikke den i udbudsbetingelserne pkt. 1.8 krævede oplysning om, at leverandørens personale under arbejdets udførelse skal være iført en identificerbar arbejdsbeklædning med virksomhedslogo og synligt bære et ID-kort med angivelse af leverandørens navn og logo, samt medarbejderens billede, navn og funktion [...], jf. udbudsbetingelserne side 16, punkt 2.3, »rengøringsomfang, -dage, -tidspunkt med videre«.

10. Tilbuddet fra klageren indeholdt heller ikke bekræftelse af, at der højst må anvendes ét rengøringsmiddel pr. rengøringsfunktion (f.eks. rengøring, spejle, vask af gulv), jf. udbudsbetingelsernes side 19, punkt 2.5, »Rengøringsmidler og metoder«.

Indklagede har derudover anført, at en ordregivende myndighed på intet tidspunkt under en udbudsprocedure har adgang til at antage et ukonditionsmæssigt tilbud, uanset om den ordregivende myndighed har konstateret ukonditionsmæssigheden.

Da den faktiske anvendelse af evalueringsmodellen ifølge klagenævnets kendelse har været behæftet med sådanne mangler, at denne ikke har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, kan evalueringsmodellen ikke være egnet til lovligt at identificere klagerens tilbud som det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede har subsidiært anført, at i det omfang klagenævnet måtte nå frem til, at indklagedes anvendelse af evalueringsmodellen alene har været ulovlig i forhold til klageren, så fik klageren i relation til delaftalerne 1, 2 og 4 henholdsvis 1, 6 og 7 point færre end det vindende tilbud. En ændret evaluering af klagerens tilbud vil forudsætte klagenævnets stillingtagen til, hvilken anden relativ vurdering tilbuddet fra klageren skulle have haft, samt at klagenævnet efter fast praksis ikke erstatter indklagedes skøn med sit eget.

Indklagede har vedrørende påstand 20 gjort gældende, at der ikke er den fornødne årsagssammenhæng mellem den i sagen konstaterede udbudsretlige overtrædelse og det af klageren liden tab, idet indklagede som følge af de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed var berettiget og forpligtet til at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

#### Ad erstatningens opgørelse

Klageren har gjort gældende, at klageren har mistet den opgjorte omsætning og dermed dækningsbidraget. Der skal således ikke foretages en reduktion af klagerens tab. Klageren har skullet foretage en fuldstændig virksomheds-overdragelse, hvorfor klageren ikke ville spare nogen former for faste udgifter og ikke har skullet afskedige eget personale. Klageren har alene skullet fratække variable omkostninger. Desuden har der ikke foreligget en si-

tuation med risici ud over det sædvanlige, og indklagede har heller ikke ført bevis for det. Antallet af timer er oplyst i forbindelse med tilbuddet. Timepriserne er baseret på de oplysninger, som er afgivet i tilbuddet, og som klageren derfor har kunnet fakturere over for indklagede. De opgjorte omkostninger er baseret på en overenskomstmæssig udgift til personale på 127 kr. Hertil er tillagt yderligere 30 % til sociale omkostninger, feriepenge m.m. svarende til cirka 38 kr. I gennemsnit anvendes 15 kr. til materialer m.m., hvorfor den samlede udgift udgør 180 kr. pr. medarbejdertime.

For så vidt angår erstatningspåstanden vedrørende den positive opfyldelsesinteresse har indklagede anført, at der ved beregningen af klagerens tab skal ske fradrag for en forholdsmæssig del af klagerens faste omkostninger, hvorfor der skal ske en betydelig reduktion af det opgjorte tab. Desuden skal der ske fradrag for den besparelse, som klageren har opnået ved ikke at være blevet tildelt kontrakten, herunder i forhold til risici i relation til selve udførelsen af de af kontrakten omfattede ydelser. Dertil kommer, at en dækningsgrad på 13 % er usædvanlig høj inden for kommunal rengøring, hvor dækningsgrader på ca. 8 % er normen. Desuden har klageren tabsbegrænsningspligt og har eksempelvis haft pligt til at søge andre indtægtsgivende opgaver. Det har formodningen imod sig, at klageren ikke ville have andre indtægtsdækkende aktiviteter i den udbudte kontrakts løbetid, hvorfor klagerens tab under alle omstændigheder skal beregnes på grundlag af den tabte nettofortjeneste og ikke det mistede dækningsbidrag. Endelig har klageren ikke redegjort for eller dokumenteret sit omkostningsniveau på 180 kr. pr. arbejdstime, herunder for sociale omkostninger og materialeomkostninger.

I relation til erstatningspåstanden vedrørende den negative kontraktinteresse har indklagede anført, at klageren har fremlagt en intern timeopgørelse, hvoraf fremgår, at alene en ledelsesmæssig ressource hos klageren har varetaget prækvalifikations- og tilbudsproceduren hos klageren, hvilket må have formodningen imod sig. Hertil kommer, at en stor del af klagerens tilbud består af standarddokumenter og dele, der er anvendt fra tidligere udbud. Derfor har indklagede bestridt, at der er anvendt 72 timer på deltagelsen i udbudsprocessen. Desuden er der i den interne timeopgørelse angivet et timeforbrug på 80,5 timer á 1.122,50 kr., og der er en åbenbar uoverensstemmelse mellem de af klageren fremlagte oplysninger. Klageren har yderligere fremlagt tre uigennemsigtige fakturaer fra virksomheden Danplan. Indklagede har endeligt bemærket, at klageren er en rengøringsvirksomhed,

der må formodes ofte at deltage i udbudsprocedurer, og det forekommer derfor ikke påregneligt, at klageren til brug for kalkulation af priser m.v. har brug for ekstern bistand i en grad som angivet. Klageren kan derfor ikke kræve denne udgift erstattet.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Indklagede har ved overtrædelserne af udbudsdirektivet, der er fastslået i kendelsen af 19. november 2012 ad påstand 2 – 9 og 12, handlet på sådan en måde, at indklagede er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Det afgørende for, om indklagede skal tilpligtes at godtgøre klageren dennes tab, enten ved ikke at have fået tildelt kontrakten eller for de forgæves afholdte omkostninger i forbindelse med afgivelsen af tilbuddet, er, hvorvidt klagerens tilbud var konditionsmæssigt. Såfremt det var ukonditions-mæssigt, er der ikke årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og klagerens tab.

I relation til indklagedes påståede »ukonditions-mæssighed 1« har klagenævnet behandlet dette forhold ved påkendelsen af påstand 5 under hovedsagen. Klagenævnet fandt, at klageren havde redegjort for de efterspurgte oplysninger i udbudsbetingelsernes punkt 1.10.4, 1. punkt, hvorfor påstand 5 blev taget til følge. Klagerens tilbud opfyldte således kravet i udbudsbetingelsernes punkt 1.10.4, 1. punkt.

Klagerens tilbud var derfor ikke på denne baggrund ukonditions-mæssigt.

Vedrørende indklagedes påståede »ukonditions-mæssighed 2« har klagenævnet behandlet dette forhold ved påkendelsen af påstand 8 under hovedsagen. Klagenævnet fandt, at klageren havde redegjort for de efterspurgte oplysninger i udbudsbetingelsernes punkt 1.10.4, 3. punkt, hvorfor påstand 8 blev taget til følge. Klagerens tilbud opfyldte således kravet i udbudsbetingelsernes punkt 1.10.4, 3. punkt.

Klagerens tilbud var derfor ikke på denne baggrund ukonditions-mæssigt.

Vedrørende indklagedes påståede »ukonditionsmæssighed 3« beskrev klageren i sit tilbud, hvilke konkrete kvalitetssikringstiltag der ville blive taget i forbindelse med opgaveløsningen, herunder at der dagligt ville blive udfyldt en kvalitetsrapport, ligesom der af inspektøren succesivt ville blive udfyldt kvalitetsrapporter, og endeligt at der ville blive udført en IT-baseret kvalitetskontrol.

Klagerens tilbud var derfor ikke på denne baggrund ukonditionsmæssigt.

Vedrørende indklagedes påståede »ukonditionsmæssighed 4« oplyste klageren i sit tilbud specifikke normeringer for hvert område og angav, hvorledes opgaven blev tilrettelagt. Det oplystes tillige, at der ville blive afholdt et opgavespecifikt introduktionskursus, og det var oplyst, hvad instruktionen ville omfatte. Såfremt indklagede ønskede en mere konkret beskrivelse, skulle dette have været anført i udbudsbetingelserne, idet der ellers blev overladt for vidt et skøn til indklagede om, hvorvidt tilbuddene indeholdt en fyldestgørende beskrivelse.

Klagerens tilbud var derfor ikke på denne baggrund ukonditionsmæssigt.

Vedrørende indklagedes påståede »ukonditionsmæssighed 5« har klageren henvist til forskellige steder i processkrifterne i sagen. Det anførte og det forhold, at »inspektøren vil anvende rapporten som grundlag for kvalitetsopfølgning, herunder: 1. Ved at gennemgå kvalitetsrapporten i detaljer sammen med rengøringsassistenten med henblik på evt. justeringer eller forbedringer i det daglige arbejde« er tilstrækkeligt til at udgøre »en tjekliste til brug for instruktion af servicemedarbejderne og til hjælp i disses daglige indsats«.

Klagerens tilbud var derfor ikke på dette punkt ukonditionsmæssigt.

Vedrørende indklagedes påståede »ukonditionsmæssighed 6« har klageren henvist til sin skrivelse af 27. oktober 2011, hvori det over flere sider beskrives, hvorledes klageren vil sikre drifts- og leveringssikkerheden.

Klagerens tilbud var derfor ikke på dette punkt ukonditionsmæssigt.

Vedrørende indklagedes påståede »ukonditionsmæssighed 7« lægges det til grund, at klageren i sit tilbud skulle komme med et forslag til konkret økonomisk kompensation, såfremt indklagede havde »et unormalt højt tidsforbrug i forbindelse med klager og tilretninger på de enkelte lokaliteter, samt at klageren i sit tilbud havde indføjet »indiskutabelt«, som kunne forstås som et forbehold. Klagenævnet finder ikke, at tilføjelsen af ordet »indiskutabelt« i forbindelse med et forslag til økonomisk kompensation til indklagede i en situation som den foreliggende er et forbehold, der skulle medføre, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Klagerens tilbud var derfor ikke på dette punkt ukonditionsmæssigt.

Vedrørende indklagedes påståede »ukonditionsmæssighed 8« finder klagenævnet, at klagerens beskrivelse i tilbuddet opfylder det, der kunne kræves efter udbudsbetingelsernes punkt 7.1, side 36.

Klagerens tilbud var derfor ikke på dette punkt ukonditionsmæssigt.

Vedrørende indklagedes påståede »ukonditionsmæssighed 9« fremgår det af tilbuddet, at »Samtidig udstyres medarbejderen med uniform, der varierer efter arbejdet, men som altid klart viser tilhørsforholdet til »Rent«. Tilbuddets beskrivelse findes på dette punkt at opfylde kravet i udbudsbetingelserne punkt 1.8 om leverandørens personales arbejdsbeklædning m.v.

Klagerens tilbud var derfor ikke på dette punkt ukonditionsmæssigt.

Vedrørende indklagedes påståede »ukonditionsmæssighed 10« lægges det til grund, at det fremgår af tilbuddet »Niveau 3: produktion«, at »såvel inspektører som driftsledere i produktionsniveauet skal udvise stor agtpågenhed bl.a. ved at:

...

Vælg metoder, der konsekvent udgør den mindste miljøbelastning«, og under punkt »4. Miljøhensyn og brugen af kemi«, at

»...

2. Er så komplekse, at de kan indgå i samarbejde med højst 2-3 andre kemikalier, da vi ønsker at begrænse antallet af forskellige kemikalier mest muligt.

...«



Tilbuddets beskrivelse på dette punkt findes at opfylde kravet i udbudsbetingelsernes punkt 1.8 om »Rengøringsmidler og metoder«.

Klagerens tilbud var derfor ikke på denne baggrund ukonditionsmæssigt.

Det fremgår af klagenævnets kendelse af 19. november 2012, »at der vedrørende klagerens tilbud for så vidt angår underkriterium 3 og 4 er sket en ulovlig og åbenbart for lav pointtildeling. Den faktiske anvendelse af evalueringsmodellen er behæftet med sådanne mangler, at tildelingsbeslutningen ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Det var på denne baggrund, at klagenævnet annullerede indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med ISS Facility Services A/S.

Det må endvidere lægges til grund, at klageren ikke kunne vide, at indklagede ville foretage en evaluering, som ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og som vedrørende klagerens tilbud medførte en for lav pointtildeling.

Som følge af denne ukorrekte og fejlagtige evaluering af klagerens konditionsmæssige tilbud har indklagede bevisbyrden for, at klageren ved en lovlige og korrekt evaluering ikke ville være blevet tildelt kontrakten. Denne bevisbyrde har indklagede ikke løftet.

Vedrørende rengøring Distrikt 1, Midt A var der kun et point mellem det vindende tilbud og klagerens tilbud. Uden at erstatte indklagedes bedømmelse med sin egen, konstaterer klagenævnet med en til visshed grænsende sandsynlighed, at klageren, hvis bedømmelsen havde været korrekt, ville have fået tildelt kontrakten. Klageren har derfor krav på erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse vedrørende dette delområde. Vedrørende delaftale 2 og delaftale 4 finder klagenævnet ikke med samme sikkerhed godtgjort, at en korrekt evaluering ville have betydet, at klageren skulle have været tildelt kontrakten for disse delområder, men klageren har som følge af den ukorrekte evaluering krav på erstatning svarende til den negative kontraktinteresse.

Klagerens opgørelse over klagerens omkostninger og avance indeholder forskellige usikkerhedsmomenter, idet klageren ikke har fremlagt præcise regnskabsmæssige oplysninger om navnlig timeprisen og sit dækningsbidrag.

Klagenævnet fastsætter skønsmæssigt den samlede erstatning til 1.000.000 kr.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Køge Kommune, skal til klageren, Rent A/S, betale 1.000.000 kr. med procesrente fra den 1. marts 2012.

Indklagedes skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 50.000 kr.

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

Indklagedes indbringelse af denne kendelse for domstolene inden 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt parterne, har opsættende virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 8, stk. 1.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina Kønig Mejl  
fuldmægtig