

K E N D E L S E

(Visse oplysninger i kendelsen er på klagerens begæring ikke offentliggjort)

Scania Danmark A/S
(advokat Henrik Holtse, København)

mod

I/S REFA
(advokat Mikkel Taanum og cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen,
København)

Den 29. august 2023 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagens påstand 1 og påstand 6-8. Klagenævnet tog ikke stilling til påstandene 2-5. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af spørgsmålet om erstatning, indtil klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande.

Denne kendelse vedrører erstatningsspørgsmålet.

Scania Danmark A/S (herefter ”Scania”) har nedlagt følgende påstande:

Påstand 9

I/S REFA (herefter ”REFA”) tilpligtes at betale erstatning med et beløb på 2.840.102 kr. eksklusiv moms med procesrente fra den 12. september 2023.

Påstand 10

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at REFA har overtrådt udbudslovens § 185, stk. 2, ved ikke at bringe kontrakten med Ejner Hessel A/S (herefter

”Ejner Hessel”) til ophør, på trods af at tildelingsbeslutningen er blevet annulleret, og klagenævnet skal påbyde REFA at bringe kontrakten indgået med Ejner Hessel til ophør.

Scania har oplyst, at erstatningskravet vedrører positiv opfyldelsesinteresse ved ikke at have fået tildelt kontrakten, og Scania har opgjort sit krav som mistet dækningsbidrag således:

”



”

For køb af chassis til små (2-akslede) renovationsbiler har Scania oplyst følgende:

”





”

For køb af chassis til 3 store (3 akslede) renovationsbiler har Scania oplyst følgende:

”



”

REFA har nedlagt påstand om frifindelse over for påstand 9, og at påstand 10 afvises, subsidiært ikke tages til følge.

Supplerende oplysninger

REFAs dispensation

Det er oplyst, at REFA den 6. september 2021 fik dispensation for affaldsbekendtgørelsens § 20, stk. 1, om senest den 1. juli 2021 at etablere en indsamlingsordning som en henteordning for særskilt indsamling af madaffald. Videre fik REFA dispensation for affaldsbekendtgørelsens § 22, stk. 1, 2. pkt., § 25, stk. 1, 2. pkt., § 26, stk. 1, 2. pkt., samt § 27, stk. 1, 2. pkt., om senest den 1. juli 2021 at etablere indsamlingsordningen som en henteordning. Dispensationen gjaldt til den 31. december 2022.

Udbudsmaterialet

Af kravspecifikationens punkt 3.3, Førerhus, fremgår følgende om busfoldedør:

”

Renovationsbiler	Små	Store
...
I højre side skal der være busfoldedør med så rude fra dørens øverste kant til dørens nederste kant	X	X

”

Ad erstatningsgrundlaget

Ved kendelsen af 29. august 2023 konstaterede klagenævnet, at REFA under udbuddet har overtrådt udbudsloven således:

”Ad påstand 1:

REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, samt udbudslovens § 159, stk. 2 og stk. 3, ved at tildele kontrakten til Hessel, uden forinden tildelingen at verificere om Hessel opfyldte minimumskravene til egnethed.

...

Ad påstand 6:

REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Hessel, på trods af at Hessel ikke opfyldte mindstekravet om, at alle lys skulle være LED lys.

...

Ad påstand 8:

REFAs beslutning af 26. juni 2022 om at tildele kontrakten til Hessel annulleres.”

Parternes synspunkter ad erstatningsgrundlaget og årsagssammenhæng

Scania har gjort gældende, at REFA med de overtrædelser af udbudsreglerne, som REFA har begået, efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Scania.

Tilbuddet fra Ejner Hessel skulle have været afvist, både fordi Ejner Hessel ikke havde dokumenteret opfyldelse af udelukkelsesgrunde vedrørende antal referencer, og fordi mindstekrav ikke var opfyldt. Scanias tilbud ville således have været det økonomisk mest fordelagtige tilbud, såfremt REFA havde overholdt udbudsloven, idet REFA anså tilbuddet fra Scania for konditions-mæssigt. Scania ville således have vundet tilbuddet og fået tildelt kontrakten.

Der er derfor årsagssammenhæng mellem REFAs ulovlige tildeling af kontrakten til Ejner Hessel og Scanias tab i form af mistet dækningsbidrag ved ikke at have fået tildelt kontrakten.

Scanias tilbud var ikke ukonditions-mæssigt. Scania tilbød en busfoldedør som krævet, jf. hertil priskalkulationerne, hvor der nederst fremgår ”City Door”, der er Scanias betegnelse for en busfoldedør.

Renovationsbilernes ydre indretning var et underkriterium, og Scanias redegørelse havde ikke noget at gøre med de tekniske mindstekrav, herunder busfoldedør. Redegørelsen skulle desuden indeholde tre punkter: 1) Opbevaring

af miljøkasser, 2) Opretholdelse af hygiejne og sikring af komfort for Ordregivers medarbejdere ved benyttelse af renovationsbilerne og 3) Sikring af opbevaringskapacitet af plastruller til udlevering på indsamlingsruten, jf. udbudsbetingelsernes punkt 20. Scantias redegørelse vedrørende renovationsbilernes ydre indretning besvarede alene disse forhold.

De tekniske mindstekrav skulle ikke besvares særskilt, men alene bekræftes ved afkrydsning i tilbudslisten. Scania har afkrydset tilbudslisten korrekt og har endvidere vedlagt en overensstemmelseserklæring, hvoraf det fremgår, at Scania ikke har taget forbehold, og at alle krav var overholdt.

Det er således ikke korrekt som anført af REFA, at Scantias tilbudte renovationsbiler ikke var med busfoldedør.

REFA har i forbindelse med svar på spørgsmål desuden ændret formuleringen fra, ”der skal være busfoldedør”, til ”Ordregiver ønsker busfoldedør”. Forholdet om busfoldedør er således ændret fra et teknisk mindstekrav til at være et ønske.

Scania har fulgt retningslinjerne i udbudsmaterialet for så vidt angår leveringsdato. Der var i udbudsmaterialet mulighed for at tilbyde en senere leveringsdato end 1. oktober 2023 med den konsekvens, at man ville få 0 point for dette underkriterium. Der var ikke fastsat en senest mulig leveringsdato eller oplyst, om de af REFA omtalte aftaleretlige forpligtelser, der umuliggjorde levering efter 1. oktober 2023.

REFAs fejl i udbudsmaterialet ved, at det ikke var muligt at tilbyde levering senere end 1. oktober 2023, må tilskrives REFA, idet REFA har ansvaret for udbudsmaterialet og den udbudte kontrakt. REFA kan ikke undgå erstatningsansvar begrundet i egne forhold. De fejl, som REFA har anført, var desuden ikke åbenlyse for tilbudsgiverne, da tilbudsgiverne ikke kunne vide, at REFA ønskede renovationsbilerne leveret på et tidligere tidspunkt, end hvad der fremgik af udbudsmaterialet.

Uantagelighed skal vurderes ud fra det scenarie, at REFA overholdt udbudsloven, og REFA skulle have afvist tilbuddet fra Ejner Hessel. I den situation havde REFA kun haft et enkelt konditionsmæssigt tilbud, nemlig tilbuddet fra Scania.

Betingelserne for en hasteprocedure var ikke til stede, fordi årsagen til den hastende karakter alene kunne tilskrives REFA, og fordi behovet for at minimere en forsinkelse med indførelse af en ny henteordning ikke gør indkøbet akut i udbudslovens forstand. Det ville således ikke få alvorlige konsekvenser for mennesker, dyr, miljø eller økonomi, at fristen for en ny henteordning blev overskredet med nogle måneder.

Det gælder imidlertid, uanset hvilken udbudsprocedure der kunne have været anvendt, at et nyt udbud først kunne have været gennemført i efteråret 2022, og derfor ville en leveringsfrist inden udgangen af 2022 eller i starten af 2023 ikke være mulig. REFA kunne heller ikke vide, hvilke tilbud der ville komme ved et genudbud, og det ville ikke være sikkert, at nye tilbud ville have været med en leveringsfrist før 1. oktober 2023.

Den hurtigste og sikreste løsning ville derfor have været at acceptere tilbuddet fra Scania og få leveret renovationsbilerne i efteråret 2023 i stedet for at gennemføre et nyt udbud med risiko for, at levering først ville finde sted endnu senere.

Scania ville have leveret renovationsbilerne hurtigst muligt, og det ville i værste fald have været november 2023.

REFA har gjort gældende, at det ikke er alle betingelserne for at tildele erstatning, der er opfyldt. Betingelserne for at tilkende en klager erstatning for positiv opfyldelsesinteresse er, at der foreligger et ansvarsgrundlag, at der er kausalitet og adækvans, og at klageren ikke har udvist egen skyld.

Kontrakten kunne ikke være tildelt Scania, da Scanias tilbud ikke opfyldte udbudsmaterialets mindstekrav, og der er således ikke kausalitet.

I forbindelse med REFAs forpligtelse til at overholde ligebehandlingsprincippet skal samme standard, hvorefter tilbuddet fra Ejner Hessel skulle være vurderet, tillige finde anvendelse ved vurderingen af tilbuddet fra Scania, hvilket ville have medført, at Scanias tilbud også var ukonditionsmæssigt.

Scania har i sit tilbud vedlagt datablade, der indeholdt forbehold for mindstekravet om ”busfoldedør”, idet disse indeholdt billeder og tegninger, der viste, at tilbuddet baserede sig på en lastbil uden ”busfoldedør”, men med en almindelig dør. Det er ikke REFAs opgave eller ansvar at vurdere, hvornår en

angivelse i et tilbud ikke er en illustration af det tilbudte. At et billede eller en tegning er indsat for at illustrere en ting, men samtidig viser noget ukonditionsmæssigt, er Scantias ansvar. Da der i øvrigt ikke var angivet andet i tilbudsdokumenterne, var REFA berettiget og forpligtet til at lægge til grund, at tilbuddet baserede sig på en lastbil med en "almindelig dør" og ikke en "busfoldedør", der ellers var et mindstekrav.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 7.6 fremgår, at tilbudsgiver ud over den vedhæftede tilbudsliste skulle uploade en redegørelse, "som vurderes af Ordregiver i forbindelse med evaluering af de indkomne tilbud" for så vidt angik renovationsbilernes ydre indretning. Tilbudsgivernes tilbudsdokumenter skulle altså danne grundlag for opfyldelse af kravspecifikationernes mindstekrav.

Det, Scania har anført om en anden dørtype, var ikke en del af Scantias tilbud, idet det fremgår, at de tilbudte renovationsbiler ikke var med "busfoldedør", og Scania har dermed taget forbehold for mindstekravet om, at "I højre side skal der være busfoldedør med rude fra dørens øverste kant til dørens nederste kant", jf. kravspecifikationens punkt 3.3., "Førerhus", linje 5.

REFAs svar på spørgsmålet om busfoldedør og elruder, der lød: "Ordregiver ønsker busfoldedør i højre side og accepterer, at døren ikke har elrude", medførte ikke en ændring af kravet til busfoldedør. Idet kravet om elrude og busfoldedør var uforenelig, førte svaret til en ændring i kravspecifikationen om elrude i venstreside og ikke en ændring af kravet om busfoldedør.

Tilbudsgiverne skulle desuden angive et garanteret leveringstidspunkt. Det følger af Scantias udfyldte tilbudsliste, at "Garanteret leveringstidspunkt" er angivet som "Senere" end 1. oktober 2023. Det var ikke i strid med udbudsmaterialet at angive, at levering af de tilbudte renovationsbiler først ville ske "senere" end 1. oktober 2023. Scania har derimod ikke angivet et leveringstidspunkt i sit tilbud.

Det var uhensigtsmæssigt, at det ikke var angivet som et mindstekrav, at levering skulle ske senest den 1. oktober 2023.

Under evalueringen af de modtagne tilbud i juni 2022 havde REFA fået dispensation til, at henteordningen først skulle være etableret den 31. december

2022. For at REFA kunne leve op til sine forpligtelser, var det derfor nødvendigt med leveringer så tidligt som overhovedet muligt.

REFA var på tidspunktet for udarbejdelsen af udbudsmaterialet klar over, at levering af renovationsbilerne i 2022 var urealistisk, og valgte derfor at acceptere levering af renovationsbilerne i 2023. Henset til dispensationen handlede det om at få levering så tidligt som muligt i 2023, hvilket var årsagen til formuleringen af det kvalitative underkriterium ”Leveringstidspunkt”.

Et tilbud med en levering senere end den 1. oktober 2023 var på tidspunktet for evalueringen i juni 2022 uantageligt for REFA, da det ville medføre en forsinkelse på minimum 10 måneder. En så lang forsinkelse kunne REFA ikke acceptere.

Tilbuddet fra Scania var således uantageligt, dels fordi levering efter den 1. oktober 2023 ville medføre, at REFA ikke kunne leve op til sine forpligtelser, dels fordi en garanteret levering efter den 1. oktober 2023 ikke indeholdt en forpligtende leveringsdato.

Et tilbud, hvor leverandøren ikke er forpligtet af en leveringsdato, kan ikke danne grundlag for en aftale om levering af renovationsbiler, uanset at den manglende angivelse af et leveringstidspunkt ikke gør tilbuddet udbudsretligt ukonditionsmæssigt.

Hvis tilbuddet fra Ejner Hessel på tidspunktet for evalueringen var fundet ukonditionsmæssigt, var kontrakten ikke tildelt til Scania, da det manglende bindende leveringstidspunkt ”senere” end den 1. oktober 2023 gjorde tilbuddet uantageligt for REFA, hvorfor REFA ville have foretaget indkøbet på anden vis, f.eks. gennem hasteudbud, hvis REFA havde indset, at kontrakten ikke kunne tildeles Ejner Hessel.

Et nyt udbud ville ikke først have været gennemført i efteråret 2022 med en leveringsfrist inden udgangen af 2022 eller i starten af 2023. Et offentligt genudbud kunne have været blevet offentliggjort med det samme i juni eller juli 2022 med en tilbudsfrist 30 dage senere. Tildeling kunne altså være sket inden udgangen af august 2022, og levering kunne være sikret tidligere end efteråret 2023.

Såfremt klagenævnet måtte nå frem til, at Scantias tilbud hverken var ukonditionsmæssigt eller uantageligt, havde REFA desuden stået i en situation, hvor der kun var ét tilbud. Når en ordregiver står i den situation, er ordregiver berettiget til at annullere sit udbud og afholde et nyt udbud, da der ikke er en kontraheringspligt for en ordregiver. I det konkrete udbud havde det manglende leveringstidspunkt utvivlsomt medført, at REFA havde annulleret udbudsforretningen.

Ad erstatningskravet

Scania har gjort gældende, at Scania ville have fået kontrakten om det udbudte indkøb, hvis REFA ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne og erstatningspådragende, og at virksomheden derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse, og som er opgjort som mistet dækningsbidrag.

Scania har vedrørende indkøb af 4 små (2-akslede) renovationsbiler og 3 store (3 akslede) renovationsbiler anført, at indkøbsprisen består af køb af chassis og opbygning.

For så vidt angår de 4 små renovationsbiler udgør køb af chassis [REDACTED], og køb af opbygning udgør [REDACTED]. Samlet bliver dette [REDACTED].

Vedrørende de 3 store renovationsbiler udgør køb af chassis [REDACTED] og køb af opbygning udgør [REDACTED]. Samlet bliver dette [REDACTED].

Angående udgift til service består det primært af arbejds løn og sekundært materialer.

Der beregnes normalt en avancesats på [REDACTED] og det samlede tab udgør derfor [REDACTED]. Tabsopgørelsen er skønsmæssig, da det ikke er muligt at dokumentere et fremtidigt dækningsbidrag for en kontrakt, der ikke er indgået. Det kan ikke forudses, hvor meget service der skal foretages på renovationsbilerne over en 8-årig periode.

Hvis bilerne ikke går i stykker, eller der ikke bliver behov for så meget vedligeholdelse, medfører den faste pris en høj avance, og omvendt, hvis bilerne får behov for meget service og dyre reservedele, vil den faste pris medføre en lav avance. Servicekontrakten indeholder derfor et element af forsikring.

Scania har fremlagt eksempler på virksomhedens normale prisfastsættelsesmetode for servicekontrakter.

REFA har bestridt Scantias tabsopgørelse. Det fremgår ikke, hvor Scantias kalkulation stammer fra, og Scantias tabsopgørelse er udokumenteret.

Ad påstand 10

Scania har gjort gældende, at det følger af udbudslovens § 185, stk. 2, at REFA er forpligtet til at bringe kontrakten til ophør, da tildelingsbeslutningen er annulleret.

Forpligtelsen til at bringe kontrakten til ophør efter annullation af tildelingsbeslutningen i henhold til udbudslovens § 185, stk. 2, vedrører ikke kun de situationer, hvor kontrakten er erklæret for uden virkning i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 2. Af § 185, stk. 2, 2. pkt., fremgår det, at bestemmelsen ikke finder anvendelse, hvor §§ 16 eller 17 om uden virkning i lov om Klagenævnet for Udbud finder anvendelse. Forpligtelsen efter § 185, stk. 2, gælder derfor ved siden af reglerne om uden virkning.

REFA har i kontrakten taget højde for en situation, hvor der skal ske ophævelse, jf. kontraktens punkt 15, hvor det bl.a. fremgår:

”d) *Afgørelser fra offentlig myndighed eller retsinstans samt ændrede regler og bestemmelser fra anden myndighed (f.eks. ny lovgivning), der udløser ny udbudspligt for Ordregiver. Hvis dette skulle ske, har Kontraktgiver intet krav mod Ordregiver, selv om et udbud finder sted før kontraktperiodens udløb, og selvom Kontrakten med Kontraktgiver derved ophører helt eller delvist før det fastsatte tidspunkt*

Hvis Ordregiver ophæver Kontrakten, jf. punkt a-d, er Ordregiver berettiget til at overdrage leverancen til anden side.”

Det er netop den situation, der er opstået, idet klagenævnet har truffet en afgørelse, hvorefter tildelingsbeslutningen er blevet annulleret.

Det er ikke korrekt, at andre aktører ikke vil være interesserede i at byde på en servicekontrakt for de leverede biler. Der er således intet til hinder for at ophæve kontrakten med Ejner Hessel og udbyde servicedelen og således sikre, at indkøbet heraf sker under overholdelse af udbudsloven.

Der er derfor ikke risiko for et ekstraordinært værdispild i udbudslovens forstand.

Det er ikke korrekt, at REFA vil miste garantien for de leverede renovationsbiler, hvis servicekontrakten med Ejner Hessel bringes til ophør. Det fremgår af kravspecifikationens punkt 3.9, at der skal ydes en garanti for renovationsbilerne, hvilket ikke er betinget af en servicekontrakt. I henhold til punkt 3.10 skal leverandøren garantere at kunne levere reservedele i en periode på 8 år fra leveringsdagen. Dette vil kun give mening, hvis en anden end leverandøren står for vedligeholdelsen.

Det er heller ikke i tilbuddet fra Ejner Hessel anført, at garantien er betinget af, at der indgås en servicekontrakt, eller at den indgåede servicekontrakt opretholdes.

En kontrakt kan i henhold til forarbejderne videreføres, hvis en tilbudsgiver, der uretmæssigt er blevet forbigået ved tildelingen, har fået erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Den undtagelse kræver, at REFA accepterer at betale erstatning til Scania, men så længe REFA nægter dette, kan REFA ikke videreføre kontrakten med Ejner Hessel.

Det forhold, at REFA ikke opfylder sin forpligtelse af egen drift og bringer kontrakten til ophør, har medført, at klagenævnet skal udstede et påbud herom.

REFA har gjort gældende, at påstanden skal afvises, idet det følger af klagenævnets faste praksis, at det kun er i tilfælde, hvor en tildelingsbeslutning er annulleret, og en indgået kontrakt er erklæret for ”uden virkning”, at klagenævnet kan påbyde en ordregiver at bringe en kontrakt til ophør med henvisning til klagenævnetslovens § 13, stk. 2, jf. klagenævnets kendelse af 3. oktober 2017, Oluf Brønnum & Co. A/S mod Københavns Kommune. Den indgåede kontrakt med Ejner Hessel er ikke erklæret for ”uden virkning”, hvorfor klagenævnet ikke har hjemmel til at påbyde, at REFA bringer kontrakten til ophør.

Der foreligger desuden endnu ikke en endelig dom eller afgørelse, hvorfor en eventuel pligt til at bringe kontrakten til ophør, jf. udbudslovens § 185, stk. 2, ikke er indtrådt.

REFA har ikke til hensigt at bringe den indgåede kontrakt til ophør, idet der efter REFAs opfattelse gør sig særlige omstændigheder gældende, jf. udbudslovens § 185, stk. 2. Det følger af denne bestemmelse, at hvis særlige forhold tilsiger kontraktens videreførelse, kan kontrakten videreføres, uagtet at den bagvedliggende tildelingsbeslutning har været genstand for en annullationsbeslutning, jf. også forarbejderne til udbudslovens § 185, stk. 2.

Da de syv renovationsbiler er leveret, giver det ikke mening at bringe denne del af kontrakten til ophør. Det efterlader kontrakten vedrørende ”Service og reparation”, der stadig er i kraft. Det er REFAs opfattelse, at det vil være et ekstraordinært værdispild, hvis REFA skal udbyde kontrakten vedrørende ”Service og reparation”.

Service delen er en accessorisk ydelse til leverancen af de syv leverede biler. Ejner Hessels garanti på bilerne er givet på grundlag af, at kontrakten om ”Service og reparation” tillige er indgået. Hvis denne aftale skulle opsiges, ville Ejner Hessel være berettiget til at lade sin garantiforpligtelse bortfalde, hvilket vil medføre et ekstraordinært værdispild for REFA.

Dertil kommer, at det er vanskeligt at se, at der er nogen leverandører – særligt Scania – der skulle have interesse i at påtage sig service og reparation for de biler, som Ejner Hessel har leveret, da servicering af de leverede renovationsbiler kræver kendskab til renovationsbiler af mærket Mercedes-Benz, deres tekniske opbygning og kendskab til bilernes historik, stand, serviceintervaller mv. Dette forventes ikke at kunne opfyldes af leverandører af andre mærker, f.eks. Scania, Volvo, MAN etc.

Videre baserer serviceaftalen med Ejner Hessel sig på et system, der hedder ”Mercedes Uptime”, hvilket er en netværksintegration mellem renovationsbilen, Mercedes Benz Service og REFA. Denne aftale kan selvsagt ikke overtages af andre end værksteder, der er tilknyttet Mercedes Benz Service. Et udbud af servicedelen af kontrakten synes også i det lys formålsløst.

Det er korrekt, at det ikke følger af punkt 3.9 i kravspecifikationen, at den garanti, der skal ydes på renovationsbilerne, er betinget af en servicekontrakt. Der er i øvrigt ikke stillet krav til indholdet af eller betingelserne knyttet til den garanti, der skal stilles. Kravet om garanti må derfor forstås som en garanti stillet på ”sædvanlige vilkår” inden for den relevante branche. Da der er

tale om et handelskøb, er det sædvanligt, at en garanti på en renovationsbil, hænger sammen med indgåelsen af en serviceaftale.

Det fremgår også af kravspecifikationens punkt 4.6, at ”Reservedele, der anvendes, skal være af en kvalitet så garantien på bilerne opretholdes.” Dette krav knytter selvsagt serviceaftalen tæt sammen med den stillede garanti.

Dertil kommer, at da udbuddet var af en kontrakt om både levering af renovationsbiler og indgåelse af servicekontrakt for de leverede renovationsbiler, har tilbudsgiverne været berettigede til at forudsætte, at garantien og serviceaftalen hang sammen. Det var heller ikke muligt kun at blive tildelt leveringsaftalen eller kun servicekontrakten.

Klagenævnet udtaler

Ad erstatningsgrundlaget

Klagenævnet har ved kendelse af 29. august 2023 konstateret, at REFA handlede i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Ejner Hessel, på trods af at Ejner Hessel ikke opfyldte mindstekravet om, at alle lys skulle være LED lys.

REFA har herved handlet ansvarspådragende.

Ad påstand 9

Ad årsagssammenhæng og erstatningskravet

Scania 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.

Selv om det lægges til grund, at Scania afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, var REFA ikke forpligtet til at indgå kontrakt med Scania. 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 REFA påviser forhold, som gør det

overvejende sandsynligt, at REFA ville have annulleret udbuddet, hvis det havde været klart, at tilbuddet fra Ejner Hessel var ukonditionsmæssigt.

REFA har bl.a. gjort gældende, at REFA ville have annulleret udbuddet, idet Scania's tilbud ikke opfyldte udbudsmaterialets mindstekrav om busfoldedør og leveringstid, og at Scania derfor også havde afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud.

For så vidt angår forholdet om busfoldedøren har REFA navnlig anført, at Scania i sit tilbud havde vedlagt datablade, der indeholdt forbehold for mindstekravet om "busfoldedør", idet disse indeholdt billeder og tegninger, der viste, at tilbuddet baserede sig på en lastbil uden "busfoldedør", men med en almindelig dør. Der var ikke angivet andet i tilbudsdokumenterne.

Scania har i den udfyldte tilbudsliste bekræftet, at Scania opfyldte kravspecifikationens mindstekrav. Scania har desuden i sit tilbud vedlagt en overensstemmelseserklæring, hvori Scania har anført, at tilbuddet ikke indeholdt forbehold eller afvigelser af nogen art i relation til udbudsmaterialet, og at tilbuddet overholdt samtlige krav. Videre fremgår det af Scania's kalkulationer af pris på opbygningen af renovationsbilerne, at både de store 3-akslede og de små 2-akslede renovationsbiler indeholdt en "City Door", der efter det oplyste er Scania's betegnelse for en busfoldedør.

På denne baggrund lægger klagenævnet til grund, at Scania opfyldte kravet vedrørende busfoldedør.

REFA har gjort gældende, at udbuddet ville være blevet annulleret, idet Scania's angivelse af levering "senere" end den 1. oktober 2023 og det heraf manglende bindende leveringstidspunkt, gjorde tilbuddet uantageligt for REFA, og REFA ville derfor have foretaget indkøbet på anden måde, f.eks. gennem hasteudbud.

REFA har videre gjort gældende, at tilbuddet fra Scania var uantageligt, fordi levering efter den 1. oktober 2023 ville medføre, at REFA ikke kunne leve op til sine forpligtelser i henhold til dispensationen, og fordi en garanteret levering efter den 1. oktober 2023 ikke indeholdt en forpligtende leveringsdato. REFA har tilføjet, at et tilbud, hvor leverandøren ikke er forpligtet af

en leveringsdato, kan ikke danne grundlag for en aftale om levering af renovationsbiler, uanset at den manglende angivelse af et leveringstidspunkt ikke gør tilbuddet udbudsretligt ukonditionsmæssigt.

Angående leveringstid har Scania i tilbudslisten – som var udarbejdet af REFA til udfyldelse af tilbudsgiver – krydset af ved levering ”Senere” end den 1. oktober 2023, hvilket var i overensstemmelse med udbudsmaterialet. Det var ikke nogen steder i udbudsmaterialet anført, at tilbudsgiver skulle angive en seneste leveringsdato, såfremt tilbudsgiver valgte en senere leveringsdato end den 1. oktober 2023. Klagenævnet lægger derfor til grund, at Scantias tilbud også for så vidt angår leveringstid var konditionsmæssigt.

Det, der i øvrigt er anført af REFA herom, kan ikke føre til andet resultat.

Det er på den baggrund klagenævnets vurdering, at REFA ikke har godtgjort, at Scantias tilbud indeholdt en sådan fravigelse af udbudsmaterialets krav i forhold til busfoldedør og leveringstid, at det ville have forpligtet REFA til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt. Klagenævnet finder det således ikke overvejende sandsynliggjort, at REFA ville have annulleret tilbuddet.

På denne baggrund tager klagenævnet påstanden om, at REFA skal erstatte Scantias positive opfyldelsesinteresse, til følge.

REFA har gjort gældende, at Scantias tabsopgørelse er udokumenteret, og at det ikke fremgår, hvor Scania har kalkulationen fra.

Scania har opgjort det samlede tab til [REDACTED] og anført, at der normalt anvendes en avancesats på [REDACTED]. Denne avancesats er dog ikke dokumenteret. Scania har videre anført, at tabsopgørelsen er skønsmæssig, da det ikke er muligt at dokumentere et fremtidigt dækningsbidrag på en kontrakt, der ikke er indgået, idet det ikke kan forudses, hvor meget service der skal foretages på renovationsbilerne i en 8-årig periode, samt at vedligeholdelsesbehovet er afgørende for avancen, og at dette ikke kan forudses.

På denne baggrund og i øvrigt under hensyn til den usikkerhed, der er ved opgørelsen af indtægter og udgifter over en fremtidig 8-årig periode, pålægger klagenævnet REFA at betale en skønsmæssig fastsat erstatning på 1.000.000 kr. med procesrente som fastsat nedenfor. Der er også taget hensyn til usikkerheden om, hvorvidt Scania kunne have realiseret det kalkulerede

dækningsbidrag og til, at Scania er blevet frigjort for den risiko, der er forbundet med vedligeholdelsesbehovet i en længerevarende kontrakt.

Ad påstand 10

Følgende fremgår af udbudslovens § 185, stk. 2:

”Er en tildelingsbeslutning annulleret ved endelig afgørelse eller dom, skal ordregiveren bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende. Bestemmelsen finder ikke anvendelse, hvor §§ 16 eller 17 om uden virkning i lov om Klagenævnet for Udbud finder anvendelse. Ordregiverens eventuelle beslutning om kontraktens videreførelse skal offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom.”

Af forarbejderne til udbudslovens § 185, stk. 2, fremgår bl.a. følgende:

”Bestemmelsen indebærer, at annullation af beslutningen om tildeling af en kontrakt eller rammeaftale ved endelig afgørelse eller dom skal medføre, at ordregiveren skal tage skridt til at bringe kontrakten eller rammeaftalen til ophør med henblik på at bringe det ulovlige forhold i orden.

Ved endelig afgørelse eller dom menes en endelig afgørelse fra Klagenævnet for Udbud eller dom fra de almindelige domstole, der ikke længere kan ankes.

...”

Klagenævnets kendelse af 29. august 2023 kan indbringes for domstolene. Da klagenævnet ved denne kendelse tager stilling til spørgsmålet om erstatning, kan indbringelsen for domstolene af klagenævnets kendelse af 29. august 2023 ske indtil 8 uger efter, at klagenævnet har taget stilling til erstatningsspørgsmålet, og at dette er meddelt parterne, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 1.

Der foreligger således ikke en endelig afgørelse fra Klagenævnet for Udbud, der ikke længere kan indbringes for domstolene.

På denne baggrund afviser klagenævnet påstanden.

Herefter bestemmes

REFA skal til Scania betale 1.000.000 kr. med procesrente fra den 12. september 2023.

REFA skal i yderligere sagsomkostninger til Scania betale 25.000 kr.

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

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

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
chefkonsulent