

K E N D E L S E

Activ Care A/S
(advokat Majse Jarlov, København)

mod

Billund Kommune
(selv)

Den 15. februar 2012 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1 – 4. Klageren har den 29. februar 2012 nedlagt påstand om erstatning. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene.

Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 5

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 284.400 kr. med procesrente fra den 24. februar 2012.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 59.288 kr. med procesrente fra den 24. februar 2012.

Beløbet i påstand 5 vedrører klagerens positive opfyldelsesinteresse. Beløbet i påstand 6 vedrører klagerens negative kontraktinteresse. Begge beløb er eksklusiv moms.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 5 således:

	Minimum	Ved 1. års forlængelse	Maksimum
Kontraktværdi i kontraktperioden i kroner	9.000.000 kr.	13.500.000 kr.	18.000.000 kr.
ActivCare anslået og erfaringsmæssig leveringsgrad / kontraktværdi som 2. leverandør.	10%	10%	10%
ActivCare anslået mistet kontraktværdi i kroner	900.000 kr.	1.350.000 kr.	1.800.000 kr.
ActivCares bruttomargin (dækningsbidrag)	16,8%	16,8%	16,8%
Beregnet bruttoresultat for ActivCare i kontraktperioden i kroner	151.200 kr.	226.800 kr.	302.400 kr.
Skønsmæssig fradrag for øvrige kapacitetsomkostninger og sparet risiko m.v.	9.000 kr.	13.500 kr.	18.000 kr.
Netto.kontrakttab (resultat af primær drift)	142.200 kr.	213.300 kr.	284.400

Klageren har opgjort sit krav i påstand 6 således:

Aktivitet	Specialist-timer	Chef-timer	Direktør-timer	Total timer
Hovedelementer i tilbudsudarbejdelsen				
Gennemgang af tilbud	4	3	2	9
Spørgsmål og svar	16	10	5	31
Udarbejdelse af tilbud	74	27	10	111
Total timer	94	40	17	151
Omkostninger i alt ved udarbejdelse af tilbud til Billund Kommune				59.288 kr.

Indklagedes påstand må forstås således, at indklagede bestrider erstatningspligten og erstatningskravenes størrelse.

Ved kendelsen af 15. februar 2012 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

»Ad påstand (1):

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved at gennemføre en tilbudsevaluering af klagerens tilbud i forhold til underkriteriet »Forsyningssikkerhed«, som ikke er sket ensartet i forhold til alle tilbudsgivere på grundlag af tilbudsbetingelsernes angivelse.

Ad påstand (3):

Indklagede har handlet i strid med det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at anvende en pointtildelingsmodel i strid med de offentliggjorte tilbudsbetingelser.«

Klagenævnet tog ved kendelsen af 15. februar 2012 klagerens påstand om annullation af indklagedes tildelingsbeslutning til følge.

Den i forbindelse med udbuddet valgte 1. leverandør oplyste i deres tilbud en leveringsgrad på 99,1 – 99,6 %. Indklagede har anslået, at det forventede årlige forbrug af vikarydelser svarer til en omsætning på ca. 4,5 mio. kr. pr. år, eller 9 mio. kr. i løbet af den ordinære kontraktperiode. Det anslåede beløb er ikke bestridt af klageren.

Indklagede har opgjort sin fakturering til 1. leverandøren for perioden 15. november 2011 til 13. februar 2012 til i alt 617.171,17 kr. For samme periode er faktureringen til 2. leverandøren opgjort til 66.491 kr. og til øvrige leverandører opgjort til 20.221 kr.

Ad erstatningsgrundlaget:

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de pågældende 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.

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

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende påstand 5 gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne, ville have fået kontrakten som i hvert fald sekundær leverandør af det udbudte indkøb, og at klageren derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren har nærmere anført, at erstatningsopgørelsen i påstand 5 tager udgangspunkt i den maksimale kontraktperiode i henhold til udbudsbetingelsernes punkt 1.4., idet indklagede ikke agter at bringe nogen af de indgåede kontrakter, herunder rammeaftalen med Bells Vikarbureau v/Bill Andersen til ophør. Det må derfor lægges til grund, at indklagede vil gøre brug af optionerne i udbudsbetingelserne og forlænge aftalen på uændrede vilkår. Ved opgørelsen er der endvidere taget udgangspunkt i klagerens gennemsnitlige dækningsbidrag, således som dette fremgår af klagerens årsrapport fra 2010. Ved opgørelsen er foretaget et skønsmæssigt fradrag for øvrige kapacitetsomkostninger og sparet risiko. Beløbet er fastsat med udgangspunkt i, at man som 2. leverandør på den udbudte rammeaftale alene skønsmæssigt har udsigt til 10 % af opgavens samlede kontraktværdi. Den begrænsede omsætning for 2. leverandøren på rammeaftalen betyder, at risikoen forbundet med gennemførelsen af aftalen er tilsvarende mindre. At 2. leverandøren har udsigt til skønsmæssigt 10 % af opgavens samlede kontraktværdi støttes af indklagedes faktiske faktureringer for perioden 15. november 2011 til 13. februar 2012.

Indklagede har vedrørende påstand 5 gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået kontrakten, og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse.

Skal erstatningen udmåles som den positive opfyldelsesinteresse, skal klageren minimere tabet ved at bruge sin arbejdskraft andre steder. Dette kan i nogle brancher være vanskeligt, men må forventes i vikarbranchen at være forholdsvist simpelt, idet størstedelen af vikarerne ikke er fastansatte, men

kun skal aflønnes, såfremt der er arbejde til dem. Erstatningsopgørelsen skal foretages på grundlag af det forbrug, der det første kvartal har været hos 2. leverandør. Indklagede har opgjort forbruget hos 2. leverandøren og øvrige leverandører for perioden 1. november 2011 til 16. februar 2012 til 69.370 kr. uden moms. Dette beløb er under ingen omstændigheder sat for lavt, for det første fordi der i opstartsfasen må antages at være foretaget indkøb hos den valgte 2. leverandør, fordi denne tidligere har været 1. leverandør, og for det andet fordi der har været foretaget bestillinger hos 2. leverandøren i perioden op til 1. november 2011, som først er faktureret efter 1. november 2011. Den fremtidige kvartalsvise omsætning hos 2. leverandøren må derfor antages maksimalt at udgøre 40.000 kr.

Som følge af klagenævnets kendelse af 15. februar 2012 har indklagede meddelt de to valgte leverandører, at indklagede ikke vil gøre brug af optionerne på forlængelse af kontrakten. Erstatningsopgørelsen skal således foretages uden hensyn til de mulige optioner.

Med dette udgangspunkt kan der forventes en samlet maksimal omsætning for 2. leverandøren for hele kontraktperioden på 349.370 kr. Ifølge klagerens regnskab for 2010 er klagerens overskudsgrad på 3,4 %. I henhold til ledelsesberetningen i regnskabet 2010 forventer klagerens ledelse at kunne fastholde et resultat i 2011 på niveau med 2010. Med en overskudsgrad på 3,4 % og en omsætning på 349.370 kr. vil klagers fortjeneste således være på 11.879 kr. i den toårige periode, kontrakten løber.

Det bestrides, at der skal tages udgangspunkt i klagerens dækningsbidrag.

Måtte klagenævnet lægge til grund, at der skal tages udgangspunkt heri, kan der ikke tages udgangspunkt i et dækningsbidrag på 16,8 %, idet dækningsbidraget i årene forud for 2010 lå på henholdsvis 16, 15, 13,5 og 13,2 %.

Erstatningskravet beregnet som den positive opfyldelsesinteresse, kan derfor ikke overstige 12.000 kr.

Klageren har vedrørende påstand 6 gjort gældende, at klageren har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med 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 blev først ved indklagedes meddelelse om tildelingsbeslutningen

bekendt med indklagedes krænkelse af udbudsreglerne, og klageren var således ikke på tidspunktet for tilbudsafgivelsen bekendt hermed. Klageren har således ikke haft mulighed for at tage højde for indklagedes overtrædelse ved eksempelvis at afstå fra at give tilbud. Karakteren af den konkurrenceudsatte ydelse, som er klagerens kernefokusområde, har medført, at det har været højtplacerede medarbejdere hos klageren, som har varetaget sagen. Omkostningerne er beregnet på grundlag af tidregistrerings-opgørelser.

Indklagede har vedrørende påstand 6 gjort gældende, at kravet om erstatning af den negative kontraktinteresse ikke kan overstige 15.000 kr.

Klageren er et vikarbureau af en sådan størrelse, at det må forventes at klageren afgiver tilbud på en stor del af de kontrakter, der annonceres fra landets kommuner, regioner og staten. Klageren har således en stor rutine i at afgive tilbud og kan i væsentligt omfang genbruge tilbudsmateriale fra udbud til udbud. Det er således ikke realistisk, at klageren har anvendt 94 specialisttimer i forbindelse med afgivelse af tilbud, og at der er anvendt 40 chef-timer og 17 direktør-timer på tilbudsgivningen.

Ifølge klagerens hjemmeside er virksomheden i juli 2011 valgt som 1. leverandør til Københavns, Greve, Gentofte og Glostrup kommuner og er i december 2011 valgt som SKI-leverandør. Klageren har således udfærdiget adskillige tilbudsmaterialer i 2011 og må formodes at have standard tilbudsmaterialer liggende. Anvendelse af 151 timer til redigering af et tilbud er under disse forudsætninger ikke realistisk.

Der må desuden henses til, at de pågældende medarbejdere er fastansatte, og at det ikke er sikkert, at de angivne arbejdstimer kunne have været anvendt til at skaffe klageren anden indtægtsgivende virksomhed, hvis denne sag ikke var opstået.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Indklagede har ved de overtrædelser af udbudsdirektivet, der er fastslået ad påstand 1 og 3, handlet på sådan en måde, at indklagede er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Klagenævnet tog ved kendelsen af 15. februar 2012 klagerens påstand om annullation af indklagedes tildelingsbeslutning til følge med henvisning til, at klageren ved en korrekt tilbudsevaluering måtte antages at have fået minimum 0,175 point mere end den tilbudsgiver, der blev valgt som sekundær leverandør. Klageren er derfor berettiget til erstatning af sin positive opfyldelsesinteresse.

Den primære leverandør har i sit tilbud oplyst en leveringsgrad på 99,1 – 99,6 %. Klagerens skøn over, at 2. leverandøren forventes at skulle levere i gennemsnit 10 % af kontraktsummen støttes til dels af indklagedes opgørelse over faktiske faktureringer for perioden 15. november 2011 til 13. februar 2012. Lægges det, under henvisning til det oplyste om de konkrete omstændigheder ved faktureringen af 2. leverandøren i det første kvartal, til grund, at leverancen fremover vil ligge på skønsmæssigt 65.000 kr. pr. kvartal, vil dette for hele kontraktperioden svare til i alt 520.000 kr., idet indklagede har oplyst, at indklagede har meddelt de valgte leverandører, at der henset til klagenævnets kendelse af 15. februar 2012 ikke vil blive gjort brug af de i udbuddet indeholdte optioner.

Det fremgår af klagerens årsregnskab 2010, at klagerens dækningsgrad de seneste 3 år har været ca. 16 %, og at klagerens overskudsgrad har svinget mellem 2,6 % og 5 %. Den udbudte leverance bestod i vikarydelser, og klagerens ikke variable omkostninger i form af eksempelvis funktionærlønninger og afskrivninger, må i denne situation i meget vidt omfang antages at være de samme også ved klagerens udførelse af andre samtidige opgaver.

Erstatningen af den positive opfyldelsesinteresse findes på grundlag heraf skønsmæssigt at kunne fastsættes til 80.000 kr.

Klageren har ikke redegjort nærmere for, hvorfor der kræves rente fra den 24. februar 2012. Under henvisning hertil, og idet erstatningspåstandene først er modtaget af klagenævnet den 29. februar 2012, tillægges klageren alene rente fra den 29. februar 2012.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Billund Kommune, skal til klageren, Activ Care A/S, betale 80.000 kr. med procesrente fra den 29. februar 2012.

Indklagede skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 5.000 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.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mette Frimodt Hansen
fuldmægtig