

K E N D E L S E

Barslund A/S
(advokat Anders Drachmann, Helsingør)

mod

Københavns Kommune
(advokat Andreas Christensen, København)

Den 26. august 2009 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen påstand 1 – 16. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstande om erstatning, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 14. december 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 17

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 1.886.634,75 kr.

Påstand 18

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale et beløb mindre end 1.886.634,75 kr., men større end 34.750 kr.

Påstand 19

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 34.750 kr.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Beløbet i påstand 17 er beregnet som positiv opfyldelsesinteresse og udgør det dækningsbidrag, som klageren har beregnet ved afgivelsen af sit tilbud.

Beløbet i påstand 19 er beregnet som negativ kontraktsinteresse og fremkommer således:

1. Udgifter til udarbejdelse af ansøgning om prækvalifikation	5.750 kr.
2. Udgifter til udarbejdelse af tilbud	<u>29.000 kr.</u>
I alt	34.750 kr.

Indklagede har størrelsesmæssigt bestridt beløbet i påstand 17, men anerkendt beløbet i påstand 19.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 26. august 2009 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved at prissætte forbeholdet i tilbuddet fra MT Højgaard A/S vedrørende Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008 ukorrekt, idet forbeholdet vedrørende betaling for omkostninger ved stilstand i vinterperioden blev prissat til 100.000 kr., men skulle have været prissat til et væsentligt højere beløb.

Påstand 8

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved at prissætte forbeholdet i tilbuddet fra Per Aarsleff A/S vedrørende Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008 ukorrekt, idet forbeholdet vedrørende betaling for omkostninger ved stilstand i vinterperioden blev prissat til 100.000 kr., men skulle have været prissat til et væsentligt højere beløb.

Påstand 10

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. Udbudsdirektivets artikel 2, ved under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterium »B. Kvalitet« at have anvendt pointskalaen 0-10 således: »Den netop accepterede besvarelse uden merværdi er tildelt 0 point, mens den bedst mulige løsning af det enkelte kriterium, er tildelt 10 point«, uagtet der i udbudsbetingelsernes afsnit 5.4. var fastsat følgende:

»Vurderingen sker på en skala fra 0 til 10, hvor 0 svarer til ingen eller lav kvalitet, og 10 svarer til den højest mulige kvalitet«.

Påstand 12

Indklagede har under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterium »B. Kvalitet« anvendt de fastsatte delkriterier og elementer i delkriterier på en sådan måde, at vurderingen af tilbuddene blev uigennemsigtig, jf. Udbudsdirektivets artikel 2, idet følgende elementer i delkriterium 1 og delkriterium 2 overlappende hinanden:

a 1.a. »Arbejdstidsplanens kvalitet herunder robusthed« contra 2.b. »om den vedlagte ressourceplan matcher arbejdstidsplanen«, idet arbejdstidsplanens robusthed alene afhænger af, om der er de nødvendige ressourcer til stede når arbejdstidsplanen fordrer det.

b 1.b. »Optimal afvikling af trafikken« contra 2.c. »de tilbudte ressourcer - materiel, udstyr, instrumenter mv. – medvirker til at sikre en optimal trafikafvikling«, idet en optimal trafikafvikling afhænger af, om det tilbudte materiel, udstyr og instrumenter skaber mulighed herfor.

c 1.c. »Minimering af gener og miljømæssige konsekvenser for omgivelserne, cyklister og bløde trafikanter« contra 2. d. »at det tilbudte materiel medvirker til at opfylde intentionerne i »Miljømæssige forholdsregler ved bygge- og anlægsarbejder i Københavns Kommune« og »Miljø og Byggeri og Anlæg«, samt projektets succeskriterier«.

Påstand 13

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelserne at fastsætte følgende led 2. d. »at det tilbudte materiel medvirker til at opfylde intentionerne i »Miljømæssige forholdsregler ved bygge- og anlægsarbejder i Københavns Kommune« og »Miljø og Byggeri og Anlæg.« til delkriterium »2. Ressourcer og bemanning« til underkriterium »B. Kvalitet«, uagtet dette element på grund af uklarhed var uegnet til identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved hver af de 5 overtrædelser af EU-udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig overfor klageren, der som tilbudsgiver har afgivet tilbud uden at få kontrakten.

Indklagede har erkendt, at overtrædelserne i påstand 4, 8, 12 og 13 indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, men at overtrædelsen i påstand 10 ikke indebærer erstatningsansvar.

Ad erstatningskravet:

Klagerens anbringender

Ad påstand 17 og 18:

Klageren har gældende, at Klagenævne ikke ved kendelsen af 26. august 2009 har fastslået, hvorledes den korrekte prissætning af forbeholdet i tilbuddet fra Per Aarsleff A/S er, idet Klagenævnet alene under den første del af sagen har taget stilling til, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet ved ved prissætningen af forbeholdet »at tage hensyn til sandsynligheden for en hård vinters indtræden«. Den prissætning på 100.000 kr., som indklagede havde foretaget, var på grund af denne fejl 140.000 kr. for lav, hvilket som anført i påstand 8 indebærer, at forbeholdet »skulle have været prissat til et væsentligt højere beløb«.

Klageren har endvidere gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne som anført i påstand 4 og 8 og dermed ansvarspådragende, ville have fået kontrakten om det udbudte anlægsarbejde, og at klageren derfor har krav på en erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse. Klageren har henvist til, at korrekt evaluering af tilbuddene ville have ført til følgende resultat:

Underkriterium A:

Klagenævnet har i kendelsen af 26. august 2009 ad påstand 16 fastslået, at det ikke i udbudsbetingelserne er fastsat, at der ikke må arbejdes i perioden december 2008 - januar 2009, og indklagede har derfor ved prissætningen af forbeholdet i tilbuddet fra Per Aarsleff A/S omhandlet i påstand 8 skullet tage udgangspunkt i en mulig vinterperiode fra 1. november 2008 til 31. marts 2009, svarende til 20 uger. Anvendes den udgift pr. uge på 35.000 kr., som indklagede har anvendt ved sin evaluering af tilbuddene, bliver det et beløb på $20 \times 35.000 \text{ kr.} = 700.000 \text{ kr.}$, hvortil kommer engangsomkostningen på 30.000 kr. eller ialt 730.000 kr. Den tilbudspris, der vedrørende til-

buddet fra Per Aarsleff A/S skal indgå ved evalueringen af tilbuddene, kan herefter beregnes således:

Per Aarsleff A/S' tilbudspris	13.680.090 kr.
Prissætning af forbehold vedrørende vinterforanstaltninger	<u>730.000 kr.</u>
I alt	14.410.090 kr.

Beregningen af point vedrørende underkriterium A skal herefter foregå således:

Per Aarsleff A/S' tilbudssum	14.410.090 kr.
Lavestbydendes – klagerens – tilbudspris	<u>12.175.000 kr.</u>
Afvigelsen fra lavestbydende	2.235.090 kr.

Denne afvigelse medfører et antal point beregnet således:

Maximum	10,00 point
Fradrag 1,66 point pr. 1 mio. kr.	
dvs. 1,66 point x 2,235 eller	<u>3,71 point</u>
	6,29 point

Den samlede pointtildeling:

Point vedrørende underkriterium A (vægter 50 %)	3,15 point
Point vedrørende underkriterium B:	
Delkriterium 1 (25 %) maximum	2,50 point
Delkriterium 2 (25 %)	<u>2,14 point</u>
I alt	7,79 point

Da klagerens tilbud ved indklagedes evaluering af tilbuddene fik i alt 8,08 point, ville en korrekt evaluering af tilbuddene i overensstemmelse med udbudsbetingelserne have ført til, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige.

Ad påstand 19:

Klageren har gjort gældende, at overtrædelserne anført i påstand 10, 12 og 13 har påført klageren et tab i forbindelse med de forgæves afholdte udgifter til klagerens anmodning om prækvalifikation og klagerens afgivelse af tilbud, og at klageren således som følge af disse overtrædelser har krav på en erstatning beregnet som negativ kontraktsinteresse.

Indklagedes anbringender:Ad påstand 17 og 18:

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået kontrakten, da det var Per Aarsleff A/S, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte en erstatning som positiv opfyldelsesinteresse.

Indklagede har i første række gjort gældende, at Klagenævnet allerede ved kendelsen af 26. august 2009 har fastslået, at forbeholdet i tilbuddet fra Per Aarsleff A/S ved en korrekt prissætning skulle have været prissat til 240.000 kr., og at en korrekt evaluering af tilbuddene på grundlag af denne prissætning fører til, at Per Aarsleff A/S afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Indklagede har herved henvist til afsnit 3 på side 22 i Klagenævnets kendelse af 26. august 2009.

Indklagede har for det tilfælde, at Klagenævnet først under den fortsatte behandling af sagen vedrørende erstatningen vil fastlægge, hvorledes forbeholdet i tilbuddet fra Per Aarsleff A/S korrekt skal prissættes, i anden række gjort gældende, at forbeholdet skal prissættes til 240.000 kr., og at en korrekt evaluering af tilbuddene ville have ført til følgende resultat:

Per Aarsleff A/S' tilbudspris	13.680.090 kr.
Prissætning af <u>Per Aarsleff A/S'</u> forbehold	
vedrørende vinterforanstaltninger	<u>240.000 kr.</u>
I alt	13.920.090 kr.

Beregningen af point vedrørende underkriterium A:

Per Aarsleff A/S' tilbudssum	13.920.090 kr.
Lavestbydendes – klagerens – tilbudspris	<u>12.175.000 kr.</u>
Afvigelsen fra lavestbydende	1.745.090 kr.

Denne afvigelse medfører, at pointberegningen bliver følgende:

Maximum	10,00 point
Fradrag 1,66 point pr. 1 mio. kr.	
dvs. 1,66 point x 1,745 mio. kr. eller	<u>2,90 point</u>
	7,10 point

Den samlede pointtildeling for tilbuddet bliver herefter:

Point vedrørende underkriterium A (vægter 50 %)	3,55 point
Point vedrørende underkriterium B:	
Delkriterium 1 (25 %) maximum	2,50 point
Delkriterium 2 (25 %)	<u>2,14 point</u>
I alt	8,19 point

Klagerens tilbud blev vurderet til 8,08 point, og tilbuddet fra Per Aarsleff A/S var således det økonomisk mest fordelagtige.

Ad påstand 19:

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har godtgjort, at klageren ikke under alle omstændigheder ville have afgivet tilbud, og at klageren således ikke har godtgjort, at de omkostninger, som klageren har haft i forbindelse med prækvalifikationen og afgivelsen af tilbud, er forårsaget af indklagedes ansvarspådragende forhold. Indklagede har nærmere anført følgende:

Vedr. overtrædelsen påstand 10: Indklagede har bestridt, at der er årsagsforbindelse mellem den fejl, der er konstateret i påstand 10 og klagerens udgifter til udarbejdelse af tilbud m.v. Klageren har ikke ført bevis for, at klageren ville have afstået fra at afgive tilbud, hvis klageren havde været bekendt med den sproglige afvigelse, der var mellem den evalueringsmodel, der var beskrevet i udbudsbetingelserne, og den evalueringsmodel, som indklagede reelt anvendte.

Vedr. overtrædelsen påstand 12: Indklagede har bestridt, at der er årsagsforbindelse mellem indklagedes ansvarspådragende adfærd fastslået i påstand 12, og klagerens udgifter til udarbejdelse af tilbud m.v. Klageren valgte at udarbejde og afgive tilbud, selv om klageren allerede ved en gennemgang af udbudsbetingelserne kunne konstatere den overtrædelse, som er anført i påstand 12. Indklagede har på den baggrund gjort gældende, at den konstaterede overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ikke har været bestemmende for klagerens afgivelse af tilbud.

Vedr. overtrædelsen påstand 13: Indklagede har bestridt, at der er årsagsforbindelse mellem indklagedes ansvarspådragende adfærd fastslået i påstand 13, og klagerens udgifter til udarbejdelse af tilbud m.v. Klageren valgte at udarbejde og afgive tilbud, selv om klageren allerede ved en gennemgang af udbudsbetingelserne kunne konstatere den overtrædelse, som er

anført i påstand 13. Klageren havde i tilbudsfasen mulighed for at stille spørgsmål til indklagede vedrørende forståelsen af det af påstanden omfattede led til delkriterium »2. Ressourcer og bemanning« til underkriterium »B. Kvalitet«. Klageren afstod imidlertid fra dette.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Alle 5 konstaterede overtrædelser indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Ad påstand 17 og 18:

Klagenævnet har i kendelsen af 26. august 2009 ad påstand 16 konstateret, at det ikke i udbudsbetingelserne er fastsat, at der ikke må arbejdes i perioden december 2008 - januar 2009, og at indklagede som følge heraf foretog en ukorrekt vurdering af klagerens tilbud i relation til underkriterium »B. Kvalitet« delkriterium »1. Organisation og Projektprocessen«. Det fremgik under behandlingen ved Klagenævnet forud for afsigelsen af kendelsen af 26. august 2009, dels at indklagede opfattede udbudsbetingelserne således, at det i udbudsbetingelserne var fastsat, at der ikke måtte arbejdes i de 2 måneder, dels at indklagede – hvis det som antaget af Klagenævnet måtte lægges til grund, at udbudsbetingelserne ikke indeholdt et forbud mod at arbejde i denne periode – var af den opfattelse, at det på grund af en række forudsætninger i udbudsbetingelserne ikke var praktisk muligt eller i hvert fald meget uhensigtsmæssigt at arbejde i denne periode.

Klagenævnet har – som anført af klageren – ikke ved kendelsen af 26. august 2009 taget stilling til, hvorledes forbeholdet i tilbuddet fra Per Aarsleff A/S skal prissættes, idet Klagenævnet ved kendelsen i relation til påstand 4 og 8 alene tog stilling til den begåede fejl ved indklagedes prissætning i relation til »sandsynligheden for en hård vinters indtræden«. Klagenævnet foretog endvidere i relation til påstand 16 en vurdering af, om

der var grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Per Aarsleff A/S.

Det fremgår klart af tilbuddet fra Per Aarsleff A/S, at denne tilbudsgiver alene har planlagt at arbejde på byggepladsen i perioden 1. februar – 1. april 2009, men ikke i perioden 1. december 2008 – 31. januar 2009, og indklagede har derfor skullet beregne den økonomiske fordel, som Per Aarsleff A/S som kontraktpart vil opnå ved det pågældende forbehold, alene i relation til perioden 15. februar – 1. april 2009. Den korrekte prissætning er således $6 \times 35.000 \text{ kr.} = 210.000 \text{ kr.} + 30.000 \text{ kr.}$ eller 240.000 kr.

Da klagerens tilbud blev vurderet til 8,08 point, tager Klagenævnet ikke påstand 17 og 18 til følge.

Ad påstand 19:

De overtrædelser, som er konstateret ad påstand 12 og 13, havde klageren mulighed for at konstatere ved en gennemgang af udbudsbetingelserne forud for, at klageren besluttede sig for at afgive tilbud, og disse overtrædelser har derfor ikke forårsaget noget tab hos klageren.

Overtrædelserne konstateret ad påstand 10 er af en sådan beskaffenhed, at klageren ikke kan antages at ville have afstået fra at afgive tilbud, hvis han havde været bekendt med, at indklagede under vurderingen af tilbuddene ville begå denne fejl, og denne overtrædelse har derfor ikke forårsaget noget tab hos klageren.

Klagenævnet skal herefter vedrørende overtrædelserne i påstand 4 og 8 vurdere, om klageren ville have afgivet tilbud, hvis klageren på forhånd havde været bekendt med, at indklagede på et så afgørende punkt under en udbudsforretning, som prissætning af forbehold er, ikke ville foretage eventuelle prissætninger af forbehold på en sådan måde, at der – som anført i Klagenævnets kendelse af 26. august 2009 – derved blev skabt fuld sikkerhed for, at tilbudsgivere ikke ved at tage forbehold opnår en økonomisk fordel i forhold til tilbudsgivere, som ikke har taget tilsvarende forbehold, men i stedet har afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Klagenævnet anser det for overvejende sandsynligt, at klageren ville have undladt at afgive tilbud, hvis klageren havde været

bekendt med, at indklagede ikke ville foretage en lovlig evaluering af tilbuddene, og Klagenævnet tager derfor påstand 19 til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Københavns Kommune, skal til klageren, Barslund A/S, betale 34.750 kr.

Indklagede skal i yderligere omkostninger til klageren betale 25.000 kr.

Indklagedes indbringelse af denne kendelse for domstolen inden 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt parterne, har opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 2.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig