

K E N D E L S E

Brøndum A/S
(Advokatfirmaet Bender, von Haller og Dragsted
ved cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen, København)

mod

Boligforeningen Ringgården
(advokat C. Meyer Petersen, Århus)

Den 5. november 2008 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen (påstand 1-12). Klageren har efterfølgende nedlagt påstande om erstatning. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 29. april 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 13

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 2.287.566 kr. med procesrente fra den 5. december 2008.

Påstand 14 (subsidiær i forhold til påstand 13)

Klagenævnet skal pålægge Indklagede til klageren at betale 86.050 kr. med procesrente fra den 5. december 2008.

Indklagede har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 10.000 kr. med procesrente fra den 5. december 2008.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 13 således:

Forventet årlig omsætning excl. moms svarende til den samlede tilbudspris	2.178.635 kr.
Omsætning excl. moms i 3 år	6.535.905 kr.

Årligt dækningsbidrag (35 %) indregnet i tilbudsprisen (pr. år)	762.522 kr.
Dækningsbidrag i kontraktperioden (3 år)	2.287.566 kr.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 14 således:

Medarbejdernes tidsforbrug	
a. Niels Hansen (chef) 25 timer á 590 kr.	14.750 kr.
b. Lars Pedersen (kalkulator) 80 timer á 280 kr.	22.400 kr.
c. Torben Jepsen (afdelingsleder) 40 timer á 425 kr.	17.000 kr.
d. Michael Clausen (kalkulator) 80 timer á 335 kr.	26.800 kr.
e. Helle Hald Cassøe (sekretær) 20 timer á 255 kr.	5.100 kr.
	86.050 kr.

Indklagede har størrelsesmæssigt bestridt beløbene i begge påstande.

Indklagede har oplyst, at indklagede som følge af, at Klagenævnet ved kendelsen af 5. november 2008 havde annulleret indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Carl Christensen og Co. A/S, efterfølgende opsagde kontrakten med Carl Christensen og Co. A/S til udløb med udgangen af 2008. Indklagede har i henhold til kontrakten, der således kun kom til at løbe i året 2008, for dette år i alt udbetalt 1.044.000 kr. til Carl Christensen og Co. A/S.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 5. november 2008 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, ved at have fastsat tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« med underkriterierne »A. Vurdering af driftsorganisation og Cv'er på nøglepersoner (25 %)« og »B. Vurdering af tilbudspris (75 %)«, uagtet beskri-

velsen i udbudsbetingelserne af kravene til tilbuddene ikke giver grundlag for at vurdere tilbuddene i relation til underkriteriet »A. Vurdering af driftsorganisation og Cv'er for nøglepersoner«.

Påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte:

»Boligforeningen Ringgården accepterer det tilbud, som er det økonomisk mest fordelagtige eller forkaster dem alle«, uagtet en ordregiver ikke er berettiget til i udbudsbetingelserne at bestemme, at ordregiveren »forbeholder sig« at afvise alle tilbuddene eller at undlade at indgå kontrakt med nogen af tilbudsgiverne.

Påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 24, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at tilbudsgiverne kan afgive alternative tilbud, uagtet det i udbudsbekendtgørelsen er anført, at alternative tilbud ikke vil blive taget i betragtning.

Påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 24, stk. 3, ved ikke i udbudsbetingelserne at have fastsat de mindstekrav, som alternative tilbud skal overholde.

Påstand 7

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at aftalens løbetid er »2 år med mulighed for forlængelse i 3 år«, uagtet det i udbudsbekendtgørelsen var anført, at rammeaftalens varighed er 3 år.

Påstand 10

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led, ved ikke efter anmodning af 12. december 2007 at have givet klageren en fyldestgørende redegørelse for karakteristika og relative fordele ved tilbuddet fra Carl Christensen og Co A/S.

Påstand 11

Indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at prækvalificere 6 virksomheder, uagtet der i udbudsbekendtgørelsen var anført: »Planlagt antal økonomiske aktører 5«.

Klagenævnet annullerede indklagedes beslutning af 6. december 2007 om at indgå kontrakt med Carl Christensen og Co. A/S.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved hver af de 7 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 erkendt, at overtrædelserne anført i påstand 1 og 4 indebærer, at indklagede er erstatningsansvarlig over for klageren, men har gjort gældende, at overtrædelserne anført i påstand 5, 6, 7, 10 og 11 ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Ad påstand 13

Klageren har gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og ansvarspådragende over for klageren, ville have fået rammekontrakten om VVS-arbejderne, og at klageren derfor har krav på en erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse. Klageren har nærmere anført, at Klagenævnet i kendelsen af 5. november 2008 vedrørende påstand 1 har fastslået, at det ene af de 2 underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, nemlig underkriterium »A. Vurdering af driftsorganisation og Cv for nøglepersoner«, var uanvendeligt til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at der herefter kun var et underkriterium, der lovlig kunne anvendes ved vurderingen af tilbuddene nemlig underkriterium »B. Vurdering af tilbudspris«. Da klageren havde afgivet tilbuddet med den laveste tilbudspris, ville en korrekt gennemført vurdering af tilbuddene, som den på grundlag af Klagenævnets vurdering af udbudsbetingelserne skulle have været gennemført, have ført til, at indklagede skulle beslutte at indgå kontrakt med klageren. Klageren har herved henvist til Klagenævnets kendelse af 12. oktober 2004 (Køster Entreprise A/S mod Morsø Kommune), og Østre Landsrets dom af 19. december 2005 (sag 4. afd. B-3256-04).

Klageren har videre gjort gældende, at Klagenævnet i kendelsen af 5. november 2008 i den aktuelle sag ad påstand 2 alene har fastslået, at der i den aktuelle situation ikke var nogen pligt for indklagede til at vurdere tilbudene på grundlag af tildelingskriteriet »laveste pris«, men det kan ikke heraf udledes, at indklagede ikke havde ret til at gøre det. Klagenævnet fastslog endvidere, at indklagede derfor havde været berettiget til at undlade at vurdere tilbuddene og annullere udbuddet, men det kan ikke af Klagenævnets præmisser på dette punkt udledes, at det ved vurderingen af, om klageren ved et korrekt gennemført udbud ville have fået kontrakten, skal tages i betragtning, at indklagede lovligt kunne have annulleret udbuddet, når indklagede faktisk ikke annullerede udbuddet, men gennemførte udbuddet og traf beslutning om, hvem der skulle indgås kontrakt med. Klageren har herved henvist til Klagenævnets kendelse af 7. juli 2005 (Brunata A/S mod Aalborg Boligselskab af 1956, afd. 8 m.fl.) og Vestre Landsrets dom af 6. marts 2007 (sag 1. afd. B-1923-05).

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren, hvis de ansvarspådragende fejl ikke var begået, ville have fået rammekontrakten vedrørende VVS-arbejderne, at klageren heller ikke har ført bevis for, at det er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, og at klageren derfor ikke har krav på en erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse. Indklagede har nærmere anført, at Klagenævnet ved kendelsen af 5. november 2008 dels fastslog, at indklagede ikke kunne anvende det fastsatte tildelingskriterium »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, da det var uanvendeligt, dels at indklagede på denne baggrund lovligt kunne have annulleret udbuddet.

Ad påstand 14

Klageren har gjort gældende, at klageren som følge af indklagedes ansvarspådragende adfærd i hvert fald har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbud, idet disse udgifter er påført klageren ved indklagedes ansvarspådragende overtrædelser af EU-udbudsreglerne.

Indklagede har ikke bestridt, at klageren har før bevis for, at klageren, hvis overtrædelserne anført i påstand 1 og 4 ikke var sket, ikke ville have afgivet tilbud, men indklagede har gjort gældende, at klagerens udgifter til udarbejdelse af tilbud ikke har oversteg 10.000 kr.

Klagenævnet udtaler:Ad erstatningsgrundlaget:

Overtrædelserne anført i påstand 1, 5, 7 og 11 indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren som tilbudsgiver under udbuddet. Derimod indebærer de overtrædelser, der er anført i påstand 4, 6 og 10, ikke, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren som tilbudsgiver under udbuddet.

Ad erstatningskravet:Påstand 13

Indklagede kunne på baggrund af beskaffenheden af de udbudsbetingelser, som dannede grundlag for udbuddet, og de tilbud, der var indgivet under udbuddet, afslutte udbuddet på 3 måder.

Indklagede kunne beslutte at indgå kontrakt med Carl Christensen og Co. A/S, hvilket indklagede gjorde den 6. december 2007. Klagenævnet har i kendelsen af 5. november 2008 ad påstand 1, påstand 2 og påstand 12 fastslået, at indklagede handlede i strid med Udbudsdirektivet ved at træffe denne beslutning, ligesom Klagenævnet annullerede beslutningen.

Indklagede kunne beslutte at indgå kontrakt med klageren. Klagenævnet har i kendelsen af 5. november 2008 ad påstand 2 fastslået, at indklagede ikke handlede i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at træffe beslutning om at indgå kontrakt med klageren. Med samme begrundelse, som Klagenævnet i kendelsen af 5. november 2008 har anført ad påstand 1 og påstand 2, fastslår Klagenævnet nu i relation til spørgsmålet om erstatning, at indklagede ikke alene ikke var forpligtet til at beslutte at indgå kontrakt med klageren, men at indklagede ville have handlet i strid med udbudsdirektivet, hvis klageren havde truffet en sådan beslutning.

Indklagede kunne beslutte at annullere udbuddet. Klagenævnet har i kendelsen af 5. november 2008 ad påstand 2 fastslået, at indklagede havde en saglig grund til at annullere udbuddet.

Det fremgår af det anførte, at Klagenævnet ved afgørelsen af, om klageren har krav på erstatning fastsat som positiv opfyldelse, nødvendigvis må tage stilling også til måder at afslutte udbuddet på, som indklagede ikke valgte, og som derfor kan betegnes »hypotetiske«.

Det følger af det anførte, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren, hvis indklagede ikke havde overtrådt EU-udbudsreglerne som fastslået i påstand 1, 5, 7 og 11, ville have fået kontrakten, og Klagenævnet tager derfor ikke påstand 13 til følge.

Påstand 14

Foreløbig bemærkes, at indklagede ved at nedlægge påstand om, at indklagede skal tilpligtes at betale 10.000 kr. til dækning af klagerens omkostninger til forgæves udarbejdelse af tilbud, har erkendt, at der er en årsagssammenhæng mellem de overtrædelser anført i påstand 1 og 4, som indklagede har anerkendt som ansvarspådragende, og et tab vedrørende forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbud.

Da klageren traf beslutning om at afgive tilbud under udbuddet, havde klageren mulighed for at konstatere, at indklagede ved udformningen af udbudsbetingelserne helt åbenbart handlede i strid med Udbudsdirektivet som anført i påstand 5, 7 og 11. Klageren valgte, uanset at udbudsbetingelserne indeholdt disse overtrædelser, at afgive tilbud, og de ansvarspådragende fejl anført i påstand 5, 7 og 11 har derfor ikke forårsaget noget tab hos klageren vedrørende forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbud.

Da klageren traf beslutning om at afgive tilbud under udbuddet, var klageren bekendt med indholdet af det tildelingskriterium, der var fastsat i udbudsbetingelserne, men klageren havde ikke grundlag for – som Klagenævnet efterfølgende har gjort det – at konstatere, at underkriteriet »1. Vurdering af driftsorganisation og Cv på nøglepersoner« ikke var formuleret præcist og forståeligt for tilbudsgiverne, samt at der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat krav til indholdet i tilbuddene, som gjorde det muligt for indklagede at vurdere tilbuddene efter dette underkriterium. Overtrædelserne anført i påstand 1 har derfor været årsag til, at der er påført klageren forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud.

På grundlag af klagerens opgørelse af sine udgifter vedrørende medarbejdernes tidsforbrug fastsætter Klagenævnet skønsmæssigt erstatningen til 50.000 kr.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Boligforeningen Ringgården, skal til klageren, Brøndum A/S, betale 50.000 kr. med procesrente fra den 5. december 2008.

Indklagedes skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 25.000 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 Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 2.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig