

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Iver Pedersen, Christian Østrup)

J.nr.: 04-23.447

7. juli 2005

K E N D E L S E

Brunata A/S

(advokat Asger Heine Jensen, København)

mod

1. Aalborg Boligselskab af 1956, afd. 8
 2. Boligselskabet af 1951, afd. 6
 3. Hasseris Boligselskab, afd. 7 og 13
 4. Boligselskabet Cimbria, afd. 6, 7, 8 og 11
 5. Andelsboligforeningen Himmerland, afd. 20, 21, 23, 24, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42 og 43
- (advokat Mikki Nielsen, Aalborg)

Den 16. december 2004 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1-12. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstand om erstatning, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 10. juni 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 13

De indklagede tilpligtes principalt in solidum, subsidiært pro rata, til klageren at betale 2.072.393,15 kr. med procesrente fra 8. januar 2004.

Påstand 14 (subsidiær i forhold til påstand 13)

De indklagede tilpligtes principalt in solidum, subsidiært pro rata, til klageren at betale 176.063,15 kr. med procesrente fra 8. januar 2004.

De indklagede har påstået frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb. De indklagede har endvidere nedlagt påstand om, at et eventuelt erstatningsansvar ikke pålægges de indklagede solidarisk.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 13 således:

1. Mistet avance for service i 6 år	1.420.833,41	kr.
2. Mistet avance på vandmålere	3.959,34	kr.
3. Mistet avance på varmemålere	647.600,40	kr.
	2.072.393,15	kr.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 14 således:

a. Klagerens timeforbrug ved udarbejdelse af ansøgning om prækvalifikation og tilbud efter timesats	119.025,00	kr.
b. Udgift til underleverandør vedr. el-arbejde til brug for udarbejdelse af tilbud	43.562,50	kr.
c. Udgift til underleverandør vedr. kabelarbejde til brug for udarbejdelse af tilbud	5.950,00	kr.
	176.063,50	kr.

Indklagede har bestridt alle poster størrelsesmæssigt.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 16. december 2004 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Ad påstand 1:

De indklagede har overtrådt Indkøbsdirektivet ved at tage tilbudet fra Varmekontrol A/S i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelserne med hensyn til energimålere.

Ad påstand 2:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige forhandlingsforbud ved efter tilbuden af afgivelse at forhandle med tilbudsgiveren Varmekontrol A/S om, hvilken type energimålere der skulle leveres.

Ad påstand 4:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved efter tilbuden af afgivelse at give tilbudsgiveren Varmekontrol A/S lejlighed til at ændre sit tilbud med hensyn til, hvilken type energimålere der skulle leveres.

Ad påstand 7:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af de tilbudte vandmåleres tekniske værdi at have taget udgangspunkt i den af tilbudsgiveren Varmekontrol A/S tilbudte alternative flerstrålede vandmåler, men ikke i den af klageren tilbudte alternative flerstrålede vandmåler.

Ad påstand 8:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af de tilbudte energimåleres tekniske værdi at have taget udgangspunkt i en energimåler, der var tilbudt af tilbudsgiveren Varmekontrol A/S ved forhandlinger efter tilbuden af afgivelse.

Ad påstand 10, b:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af tilbudene fejlagtigt at være gået ud fra, at den af klageren tilbudte energimåler ikke kunne påsættes radiosendermodul.

Ad påstand 10, d

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af tilbudene ikke at have taget hensyn til, at tilbudet fra tilbudsgiveren Siemens A/S indeholdt forbehold med hensyn til dagbøder og regulering af pris.

Ad påstand 10, e:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af tilbudene at have vurderet driftsudgifter over 10 år, uanset at tilbudene ifølge udbudsbetingelserne skulle angive driftsudgifter over 6 år.

Ad påstand 10, g:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af tilbudene med hensyn til driftsudgifter at have anvendt en anden beregningsmodel end den, der var angivet i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 11:

De indklagede har overtrådt Indkøbsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at angive de enkelte boligorganisationsafdelinger som ordregivere, uanset at de ikke var angivet som ordregivere i udbudsbekendtgørelsen.

Klagenævnet annullerede de indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med tilbudsgiveren Varmekontrol A/S (Varmekontrol).

Klageren har gjort gældende, at de indklagede ved de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne havde 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.

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

Parterne har fremsat forskellige anbringender til støtte for disse synspunkter.

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende påstand 13 gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om det udbudte indkøb, eller at det i hvert fald er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, og at klageren derfor har krav på erstatning af den positive opfyldelsesinteresse.

Klageren har vedrørende påstand 13 nærmere anført:

De indklagede tog ikke tilbudet fra tilbudsgiveren TAC A/S i betragtning som ukonditionsmæssigt, ligesom det ved Klagenævnets kendelse af 16. december 2004 blev fastslået, at tilbudene fra tilbudsgiverne Varmekontrol og Siemens Building Technologies A/S ikke måtte tages i betragtning. Tilbage er herefter tilbudene fra klageren og tilbudsgiveren Viterra Energy Services A/S (Viterra). Ved de vurderinger af tilbudene, som de indklagedes rådgiver Studstrup & Østgaard A/S foretog, fik klagerens tilbud tildelt flere points end tilbudet fra Viterra, og det er således sikkert, at klageren ville have fået tildelt den udbudte opgave, hvis de indklagede ikke havde begået de overtrædelser, der blev konstateret ved Klagenævnets kendelse. Klageren ville endvidere have fået opgaven, blot de indklagede ikke havde begået de overtrædelser vedrørende selve tilbudsvurderingen, der blev konstateret ved kendelsen af 16. december 2004. Klageren har fremlagt en beregning herom, hvorefter klageren også under disse forudsætninger ville have opnået flest points. Erstatningen af positiv opfyldelsesinteresse bør fastsættes som angivet i påstand 13. Beløbet svarer til den bruttoavance, som klageren ville have opnået ved at have fået ordren. Der er ikke fratrullet faste omkostninger, da klageren som følge af sin størrelse får dækket sine faste omkostninger ved andre opgaver. Klageren har ikke haft mulighed for at begrænse sit tab ved at skaffe sig andre ordrer.

Klageren har vedrørende påstand 14 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at klageren afgav tilbud, og at klageren således har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse. Denne erstatning må opgøres som i påstanden.

De indklagede har vedrørende påstand 13 gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået kontrakten, at klageren heller ikke har ført bevis for, at det er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse.

De indklagede har nærmere anført, at hvis de indklagede under udbudet var blevet opmærksom på de overtrædelser, som Klagenævnet har konstateret ved kendelsen af 16. december 2004, ville de indklagede have annulleret udbudet og iværksat et nyt udbud, og der er ikke holdepunkter for at gå ud fra, at et eventuelt tilbud fra klageren ville have været det økonomisk mest

fordelagtige under et nyt udbud. Dette følger også af, at Klagenævnet ved kendelsen af 16. december 2004 annullerede de indklagedes tildelingsbeslutning. Endvidere er påstand 13 udtryk for, at de indklagede efter klagerens opfattelse havde pligt til at indgå kontrakt med klageren, men en kontraheringspligt eksisterer ikke. Hertil kommer, at de indklagede kunne have indgået kontrakter med forskellige tilbudsgivere om henholdsvis leverancer og service, og at klagerens tilbudspriser med hensyn til service var høje og derfor økonomisk ufordelagtige. Endvidere har klageren ikke opfyldt den almindelige tabsbegrænsningspligt fx ved at skaffe sig andre ordrer. Påstand 13 opfylder ikke den erstatningsretlige betingelse om påregnelighed og bestrides desuden størrelsesmæssigt som udokumenteret.

De indklagede har vedrørende påstand 14 gjort gældende, at påstanden bestrides størrelsesmæssigt som udokumenteret.

Til brug for Klagenævnets behandling af erstatningsspørgsmålet har klagerens fremlagt et antal yderligere bilag, ligesom der er afgivet supplerende forklaring af konsulent hos klageren Per Aasted.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Som følge af de overtrædelser, som Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 16. december 2004, er de indklagede efter dansk rets almindelige erstatningsregler erstatningsansvarlige over for klageren som tilbudsgiver. I overensstemmelse med dansk rets regler om flere skyldneres hæftelse er erstatningsansvaret solidarisk.

Ad erstatningskravet:

Ved den vurdering af tilbudene, som de indklagedes rådgiver foretog, fik klagerens tilbud tildelt langt flere points end det eneste andet tilbud, der måtte tages i betragtning, dvs. tilbudet fra Viterra. Det må derfor anses som

i det mindste overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået tildelt ordrerne om den ydelse, som sagen angår, hvis de indklagede ikke havde begået de overtrædelser, der blev konstateret ved Klagenævnets kendelse af 16. december 2004.

Det er uden betydning, om de indklagede kunne have annulleret udbudet eller kunne have indgået kontrakter med forskellige tilbudsgivere om henholdsvis leverancer og service. Der kan ikke lægges vægt på hypotetiske indsigelser af denne karakter, idet der i så fald reelt aldrig ville kunne tillægges en forbigået tilbudsgiver erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse. Klagenævnet har derfor ikke anledning til at tage stilling til, om de indklagede kunne have annulleret udbudet eller kunne have indgået kontrakter med flere tilbudsgivere om henholdsvis leverancer og service. Det er endvidere ikke godtgjort eller sandsynliggjort, at klageren kunne havde begrænset sit tab ved at skaffe sig andre ordrer eller på anden måde.

De indklagede er herefter erstatningsansvarlige til dækning af klagerens positive opfyldelsesinteresse.

Klagenævnet har ikke anledning til at tage stilling til, om klagerens positive opfyldelsesinteresse svarer til påstandsbeløbet i påstand 13, dvs. klagerens bruttoavance, idet klagerens krav om erstatning af dette beløb ikke opfylder den almindelige erstatningsretlige betingelse om påregnelighed. Erstatningen af klagerens positive opfyldelsesinteresse skal ud fra almindelige principper for erstatningsfastsættelse fastsættes som svarende til den nettofortjeneste, som klageren er gået glip af ved ikke at få tildelt ordrerne om den ydelse, som sagen angår. I mangel af nærmere dokumentation herfor fastsættes erstatningen skønsmæssigt til 250.000 kr.

Efter sagens udfald i forhold til påstand 13 tillægges der ikke klageren yderligere sagsomkostninger.

Herefter bestemmes:

De indklagede

1. Aalborg Boligselskab af 1956, afd. 8

2. Boligselskabet af 1951, afd. 6
3. Hasseris Boligselskab, afd. 7 og 13
4. Boligselskabet Cimbria, afd. 6, 7, 8 og 11
5. Andelsboligforeningen Himmerland, afd. 20, 21, 23, 24, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42 og 43

skal in solidum til klageren, Brunata A/S, betale 250.000 kr. med procesrente fra den 8. januar 2004.

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

De indklagede skal ikke betale yderligere sagsomkostninger til klageren.

De 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.

H.P.Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig