

K E N D E L S E

CG Jensen A/S
(advokat Torkil Høg, København)

mod

Region Midtjylland
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Den 30. maj 2012 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne 1-3 i sagen. Denne kendelse vedrører den erstatningspåstand, som klageren efterfølgende har nedlagt. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har endeligt nedlagt følgende påstand:

Påstand 4

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 183.899 kr. med procesrente fra den 23. december 2011, subsidiært et mindre beløb efter klagenævnets skøn.

Indklagede har påstået frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb end det påståede.

Klageren har opgjort erstatningskravet som negativ kontraktinteresse. I klagerens første processkrift vedrørende erstatningskravet påstod klageren sig tilkendt 333.128,60 kr.

Klageren har efterfølgende revideret opgørelsen, således at kravet opgøres som følger:

»Omkostning	Beløb, ekskl. moms
Gageomk. Iht. fremsendte spec.	175.224,00
Faktura 4319 Ravn Arkitektur	75.000,00
Færebillet – uden bilag	850,00
Kongensbro – hotelophold	2.595,00
Brobizz – uden bilag	230,00
Diverse mapper/print uden spec.	5.000,00
I alt forbrugt omk.	258.899,00«

Den specifikation, der henvises til for så vidt angår gageomkostninger, er en oversigt over enkelte medarbejderes månedsløn, ekskl. pension (to direktører, en layout/designmedarbejder, en KS/ML medarbejder, en stålkalkulator, en tilbudsassistent og en kalkulator) tillagt »sociale omkostninger« på 35 %, udgift til telefon/computer samt for nogle af medarbejdernes vedkommende firmabil, hvilket for hver medarbejder sammenlægges til en »gage til projektfordeling«. Der anføres herefter timesatser på mellem 324 kr. og 1.124 kr. samt timeforbrug vedrørende de enkelte medarbejdere. Ved sammenlægning af de på dette grundlag beregnede omkostninger pr. medarbejder fremkommer det krævede beløb på 175.224 kr.

Der er fremlagt en faktura af 31. oktober 2011 på 75.000 kr., ekskl. moms, fra RAVN Arkitekter for »A/c honorar vedr. projektering af nyt parkeringshus ved Viborg Sygehus«. Der er endvidere fremlagt en faktura af 21. oktober 2011 fra Kongensbro Hotel vedrørende hotelophold og fortæring den 20. oktober 2011 på ekskl. moms 2.076 kr. Fakturaen vedrører ifølge klageren en medarbejders overnatning forud for afleveringen af tilbuddet den 21. oktober 2011.

Fra det samlet opgjorte beløb på 258.899 kr. er fradraget 75.000 kr., som klageren har modtaget i tilbudsvederlag fra indklagede. Klagerens samlede tab er herefter opgjort til det påståede beløb på 183.899 kr.

Indklagede har bestridt opgørelsen, jf. nedenfor om parternes anbringender.

Klagenævnets kendelse af 30. maj 2012

Ved kendelsen af 30. maj 2012 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

»Ad påstand 1, nr. iii:

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets art. 2 ved i forbindelse med evalueringen af klagerens tilbud efter delkriteriet »sikring af potentielle udbygningsmuligheder« til underkriterium 3 »trafik og logistik« at lægge vægt på det samlede antal tilvejebragte parkeringspladser, frem for antallet af parkeringspladser ved udbygningen.«

Af kendelsen fremgår om den sidste del af klagerens påstand 1, nr. iii:

»Om det sidste led i påstanden bemærkes, at underkriterium 3 vægtede 20 % i den samlede bedømmelse. I underkriterium 3 indgik tre andre delkriterier udover »sikring af potentielle udbygningsmuligheder«. De tre delkriterier i underkriterium 3 skulle ikke bedømmes efter en matematisk pointmodel, hvor der skulle foretages pointtildeling for hvert enkelt delkriterium, og herefter ved en sammentælling fastsættes en samlet score for hver tilbudsgiver på underkriteriet. Efter udbudsbetingelserne og det som fremgår af evalueringen var der i stedet tale om en samlet skønsmæssig bedømmelse af de tre delkriterier. Klageren fik, jf. ovenfor ad påstand 1, nr. i, med rette en negativ bedømmelse på kriteriet om »gode og trafiksikre forhold«. Klagenævnet, som efter fast praksis ikke erstatter ordregiverens kvalitative skøn med sit eget, finder under disse omstændigheder ikke grundlag for at fastslå, at en bedømmelse, hvor der - i relation til delkriteriet om udbygningsmuligheder – korrekt blev lagt vægt på antallet af yderligere parkeringspladser ved en udbygning og ikke på det samlede antal parkeringspladser efter en udbygning, ville føre til et ændret resultat af evalueringen i relation til underkriteriet »trafik og logistik« eller til en ændret samlet bedømmelse.

Det sidste led i påstanden, hvorefter klagenævnet skal konstatere, at den konstaterede overtrædelse har medført, at indklagede i strid med udbudsdirektivets artikel 2 har evalueret det vindende tilbud fra 5E Byg A/S-konsortiet som bedre end klagerens tilbud, tages derfor ikke til følge.«

Med hensyn til annullationspåstanden anførte klagenævnet:

»Klagenævnet har ikke taget påstand 1, nr. i og ii og påstand 2 til følge. Herefter og af de grunde der er anført vedrørende den del af på-

stand 1, nr. iii, der drejer sig om, at indklagede har evalueret det vindende tilbud fra 5E Byg A/S-konsortiet som bedre end klagerens tilbud, tages påstanden om annullation ikke til følge.«

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved at foretage en evaluering i strid med udbudsbetingelserne har handlet ansvarspådragende. Det er et centralt krav, at ordregivere skal overholde ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, og overtrædelser er som klart udgangspunkt ansvarspådragende. Indklagede var forpligtet til at evaluere de indkomne tilbud i overensstemmelse med de af indklagede fastsatte delkriterier, og undlod dette. Der er ikke tale om et forhold, hvor indklagede har haft skønsbeføjelser, og indholdet af det delkriterium om sikring af potentielle udbygningsmuligheder, der er anvendt forkert, er klart. Der er således ikke tale om en undskyldelig fejl fra indklagedes side.

Der er årsagsforbindelse mellem indklagedes ansvarspådragende handling og klagerens tab i form af forgæves udgifter til udarbejdelse af ansøgning om prækvalifikation og tilbud. Indklagedes bedømmelse efter delkriteriet om sikring af potentielle udbygningsmuligheder førte således til, at klageren ikke opnåede den evaluering af sit tilbud, som klageren efter udbudsbetingelserne havde krav på. Indklagedes samlede evaluering kunne have fået et anderledes udfald, hvis indklagede havde evalueret tilbuddene i henhold til de offentliggjorte delkriterier. Klagenævnet fandt ganske vist i kendelsen af 30. maj 2012 ikke tilstrækkeligt grundlag til at fastslå, at en korrekt bedømmelse ville have ført til et andet resultat. Det står imidlertid klart, at klageren klart forkert er blevet evalueret ringere end den vindende tilbudsgiver for så vidt angår delkriteriet om sikring af potentielle udbygningsmuligheder. Den fejlagtige bedømmelse af delkriteriet om udbygning må have påvirket eller kan i hvert fald meget vel have påvirket pointgivningen efter underkriterium 3 - enten således at klageren har fået for få point eller således at den vindende tilbudsgiver har fået for mange. En pointforskydning på blot 1 point ved evalueringen efter underkriterium 3 ville i den forbindelse have kunnet ændre udbuddets resultat. Ved indgivelsen af tilbuddet kunne klageren desuden berettiget lægge til grund, at indklagede ville foretage tilbudsevalueringen i overensstemmelse med de oplyste under- og delkriterier. Havde klageren vidst, at indklagede ville foretage en anden evaluering i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet med heraf føl-

gende uklarhed og uvished om, hvorvidt udbuddet har fået det rigtige resultat, ville klageren have undladt at indgive tilbud og dermed have sparet omkostningerne forbundet med ansøgningen om prækvalifikation samt udarbejdelsen af tilbud. Klageren handlede i tillid til de udstukne rammer, og der foreligger således årsagsforbindelse mellem den ansvarspådragende handling og klagerens tab, jf. tilsvarende eksempelvis kendelse af 9. februar 2010, Barslund A/S mod Københavns Kommune og kendelse af 27. januar 2010, Billetlugen A/S mod Det Kongelige Teater.

Klagerens tab i form af negativ kontraktinteresse består af klagerens udgifter til ansøgning om prækvalifikation samt tilbudsudarbejdelse, som angivet i den reviderede opgørelse. Indklagede kunne eller burde have forudset et sådant tab i forbindelse med den ansvarspådragende handling, og tabet er derfor påregneligt.

Indklagede har gjort gældende, at det fornødne ansvarsgrundlag ikke er til stede. Ved kendelsen af 30. maj 2012 er det således fastslået, at indklagede, uanset tilsidesættelsen af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i relation til evalueringen af delkriteriet om udbygningsmuligheder, har gennemført et lovligt udbud. Annulationspåstanden blev da heller ikke taget til følge. Klagenævnet fastslog, at selv en korrekt evaluering af delkriteriet vedrørende udbygningsmuligheder ikke »ville føre til et ændret resultat af evalueringen i relation til underkriteriet »trafik og logistik« eller til en ændret samlet bedømmelse«. Der er med andre ord tale om en ubetydelig overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, som ikke i sig selv kan være ansvarspådragende. Den omstændighed, at en offentlig ordregiver har handlet i strid med udbudsdirektivets regler, indebærer ikke automatisk, at den pågældende ordregiver herved har pådraget sig et erstatningsansvar over for tilbudsgiverne.

Kravet til årsagsforbindelse er heller ikke opfyldt. Det forhold, at den ukorrekte evaluering af delkriteriet vedrørende udbygningsmuligheder ikke har haft indflydelse på resultatet af udbudsforretningen, herunder på klagerens muligheder for at få tildelt kontrakten, indebærer således i sig selv, at der ikke er nogen sammenhæng mellem indklagedes overtrædelse af udbudsdirektivet og klagerens eventuelle tab. Hertil kommer, at det følger af klagenævnets praksis, jf. eksempelvis de af klageren nævnte kendelser af 9. februar 2010 og 27. januar 2010, at det skal være »overvejende sandsynligt«, at klageren, hvis klageren havde været bekendt med den skete overtrædelse

af udbudsdirektivet, ville have undladt at afgive tilbud. Klagerens anbringende om, at klageren ville have undladt at afgive tilbud, såfremt klageren havde haft kendskab til, hvordan indklagede fortolkede og evaluerede delkriteriet vedrørende udbygningsmulighederne, er helt udokumenteret og fremstår som en ren efterrationalisering. Det er ikke overvejende sandsynligt, at klageren ville have undladt at afgive tilbud. Tværtimod har det formodningen imod sig, at klageren ville afstå fra at afgive tilbud, selv hvis evalueringsgrundlaget for delkriteriet vedrørende udbygningsmuligheder oprindeligt havde været beskrevet, som indklagede fortolkede dette, idet der er tale om en ganske lille ændring af/forskel i fortolkningen af udbudsbetingelserne. Der er således ikke, som det også fremgår af klagenævnets kendelse af 30. maj 2012, tale om, at indklagede ikke har foretaget en forsvarlig og korrekt tilbudsevaluering, eller at indklagedes tilbudsvurdering i øvrigt er udtryk for en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

Hvis klagenævnet måtte finde, at klageren er berettiget til erstatning for dennes forgæves afholdte udgifter til afgivelse af tilbud, er det påståede tab under alle omstændigheder i al væsentlighed udokumenteret. Det gælder i særdeleshed det interne tidsforbrug. Der er således ikke fremlagt lønsedler m.v. Desuden kan en erstatning af negativ kontraktinteresse alene dække tilbudsgivers tab i forbindelse med udarbejdelsen af tilbuddet, hvilket vil sige tilbudsgivers direkte udgifter hertil. Klageren har imidlertid beregnet sit tab vedrørende gageomkostninger på baggrund af usædvanligt høje timelønninger på 324 - 1.124 kr. og »sociale omkostninger« på 35 %. Uden nærmere dokumentation kan opgørelsen dermed ikke lægges til grund.

Posterne vedrørende færgebillet og brobizz er ligeledes udokumenterede. Hotelopholdet på Kongensbro Kro relaterer sig angiveligt til afleveringen af tilbuddet. Forholdet er imidlertid, at afleveringen for klagerens vedkommende skete den 20. oktober 2011 kl. 14, medens klageren ikke var til stede ved tilbudsåbningen den 21. oktober 2011. Det synes i den forbindelse også ufornuddent at opholde sig på et hotel, ligesom omkostningerne til særligt bespisning forekommer usædvanligt høje. Omkostningerne til hotel må følgelig betragtes som inadækvate.

Det er herefter ikke af klageren godtgjort, at klageren har lidt et tab, som ligger udover det tilbudsvederlag, som klageren har modtaget. Indklagede skal derfor frifindes. Subsidiært må det forhold, at tabsopgørelsen er udokumenteret og ikke er begrænset til klagers tab, indebære, at erstatningskravet skal nedsættes betydeligt.

Klagenævnet udtaler:

Ved den i klagenævnets kendelse af 30. maj 2012 fastslåede overtrædelse har indklagede handlet ansvarspådragende i forhold til klageren.

Det må formodes, at tilbudsgivere indgiver deres tilbud under en forudsætning om, at ordregiver vil bedømme tilbuddene i overensstemmelse med de af ordregiver udarbejdede udbudsbetingelser. Herefter – og da indklagede ikke har godtgjort, at klageren, hvis klageren havde været bekendt med, at indklagede i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ville bedømme delkriteriet om sikring af potentielle udbygningsmuligheder anderledes end angivet i udbudsbetingelserne, ville have indgivet tilbud – findes kravet om årsagsforbindelse opfyldt. Det forhold, at klagenævnet ikke fandt grundlag for at fastslå, at en korrekt bedømmelse af delkriteriet om sikring af potentielle udbygningsmuligheder ville have ført til et ændret resultat af evalueringen i relation til underkriteriet »trafik og logistik« eller til en ændret samlet bedømmelse, kan ikke føre til et andet resultat.

Som påpeget af indklagede er klagerens opgørelse, bortset fra de to fakturabeløb, ekskl. moms, ikke nærmere dokumenteret, herunder er de tabte omkostninger til løn m.v. baseret på timepriser, som det ikke er dokumenteret, svarer til klagerens faktiske udgifter. Det er i den forbindelse tillige udokumenteret, at alle de pågældende medarbejdere ville have kunnet udføre indtægtsgivende virksomhed – eller alternativt ville have kunnet afskediges – hvis de ikke havde skullet bruge tid på nærværende prækvalifikationsansøgning og tilbud. Klagenævnet finder det under disse omstændigheder ikke godtgjort, at klagerens tab overstiger det udbetalte vederlag på 75.000 kr. med mere end et skønsmæssigt fastsat beløb på 30.000 kr.

Klagenævnet tager i dette omfang klagerens påstand til følge med tillæg af procesrente fra indgivelsen af erstatningskravet til klagenævnet.

Henset til, at klageren kun har fået medhold i en meget begrænset del af erstatningskravet, skal indklagede ikke betale yderligere sagsomkostninger til klageren.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Region Jylland, skal til klageren, CG Jensen A/S, betale 30.000 kr. med procesrente fra den 10. juli 2012.

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.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Ida Maria Westphall
kontorfuldmægtig