

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Jørgen Egholm, Trine H. Garde)

J.nr.: 2006-0007516

12. juli 2007

K E N D E L S E

Dansk Høreteknik A/S
(advokat Roberto Panada, København)

mod

Københavns Kommune
(advokat Andreas Christensen, København)

Den 12. februar 2007 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1-8, samt nogle spørgsmål rejst af Klagenævnet, spørgsmål 9-10. Klageren har derefter nedlagt påstande om erstatning, påstand 11-12. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 27. juni 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 11

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 3.247.880 kr. med procesrente fra 15. august 2006.

Påstand 12 (subsidiær i forhold til påstand 11)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 56.039 kr. med procesrente fra 15. august 2007.

Påstandsbeløbet i påstand 11 er den fortjeneste (positiv opfyldelsesinteresse), som klageren efter sin opfattelse ville have opnået, hvis klageren havde fået tildelt kontrakten i henhold til den udbudte delaftale 1, dvs. salg og levering af høretekniske hjælpemidler. Klageren har gjort nærmere rede for, hvordan påstandsbeløbet er opgjort.

Klageren har tilkendegivet, at klageren ikke har kunnet fremsætte erstatningskrav om positiv opfyldelsesinteresse vedrørende den udbudte delaftale 2, dvs. installation og servicering af høretekniske hjælpemidler m.m., da klageren ikke fra indklagede har modtaget tilstrækkelige oplysninger om omfanget af ydelserne i henhold til delaftale 2. Klageren har opfordret indklagede til at fremlægge sådanne oplysninger. Indklagede har afslået at gøre dette med henvisning til, at klagepunkterne i sagen kun har angået delaftale 1. Klagenævnet har under den mundtlige forhandling om erstatningsspørgsmålet tilkendegivet, at Klagenævnet vil tage stilling til, om det skal pålægges indklagede at fremlægge de omtalte oplysninger. Klagenævnets stillingtagen, der sker ved denne kendelse, går ud på, at Klagenævnet ikke meddeler indklagede et sådant pålæg, jf. nedenfor under Klagenævnets bemærkninger ad erstatningskravet.

Påstandsbeløbet i påstand 12 er de udgifter, som klageren ifølge sin angivelse har haft ved at udarbejde tilbuddet (negativ kontraktsinteresse). Klageren har gjort nærmere rede for, hvordan beløbet er opgjort.

Indklagede har over for påstand 11 påstået frifindelse og har desuden bestridt påstandens opgørelse størrelsesmæssigt.

Indklagede har erkendt at være erstatningsansvarlig over for klageren til dækning af klagerens negative kontraktsinteresse, jfr. påstand 12, men indklagede har størrelsesmæssigt bestridt opgørelsen af påstandsbeløbet i påstand 12.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 12. februar 2007 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Ad påstand 1, a:

Indklagede Københavns Kommune har handlet i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter m.m., herunder reglerne i Udbudsdirektivet 2004/18, ved ved fastsættelsen af pointtal til tilbuddene vedrørende delaftale 1 med hensyn til underkriteriet pris at lægge vægt på, at der ved tildeling af kontrakten til den hidtidige leverandør Phonic Ear A/S ikke ville opstå merudgifter som følge af manglende kompatibilitet med Phonic Ear A/S' produkter, uanset at indklagede havde tilkendegivet, at indklagede ikke ville lægge vægt på dette forhold.

Ad påstand 2:

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at have tildelt tilbuddene points på grundlag af en vurdering af tilbuddene i forhold til hinanden.

Ad påstand 3:

Indklagede har handlet i strid med de ad påstand 1 nævnte regler ved at have fastsat underkriteriet »Leverandørens erfaring fra tidligere leverancer af samme karakter«, idet dette er et udvælgelseskriterium, der ikke må anvendes som tildelingskriterium.

Ad påstand 4:

Indklagede har handlet i strid med de ad påstand 1 nævnte regler ved hverken i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at have foretaget en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af det udbudte.

Ad spørgsmål 9:

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip

- a. ved at foretage et skøn over tilbudspriserne i stedet for en beregning af de samlede tilbudspriser ud fra en forhåndsvurdering af den forventede mængde anskaffelser af hver ydelse og
- b. ved at tildele tilbuddene points for underkriteriet pris ved et skøn i stedet for ved en beregning.

Ad spørgsmål 10:

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at have udformet en skriftlig tilbudsvurdering senest samtidig med tildelingsbeslutningen.

Som følge af karakteren af de konstaterede overtrædelser ad påstand 1, a, 4 og 9 annullerede Klagenævnet indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med den anden tilbudsgiver, Phonic Ear A/S. Det bemærkes herved, at der ikke var andre tilbudsgivere end klageren og den valgte tilbudsgiver.

Klageren har gjort gældende, at indklagede som følge af de overtrædelser, som Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 12. februar 2007, efter almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har erkendt at være erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende den principale påstand 11 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 en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse. Klageren har fremsat en række synspunkter til støtte herfor og har herunder bl.a. gjort gældende, at en rigtig anvendelse af indklagedes evalueringsmodel ville have ført til, at klagerens tilbud havde opnået flest points og derfor var blevet anset som det økonomisk mest fordelagtige bud. Klageren har herved gjort gældende, at det var usagligt, at indklagede tildelte klagerens tilbud et yderst lavt pointtal vedrørende underkriteriet kvalitet, idet klagerens produkter er af god kvalitet og anvendes i en række kommuner. Klageren har desuden bl.a. gjort gældende, at de nye tilbudsvurderinger, som indklagede har foretaget efter Klagenævnets kendelse af 12. februar 2007, ikke er udført rigtigt og lider af nærmere angivne mangler. Klageren har endvidere gjort gældende, at erstatningen bør udmåles i overensstemmelse med påstandsbeløbet i påstand 11 og har gjort rede for en række synspunkter til støtte herfor. Klageren har herved bemærket, at indklagede trods opfordring fra klageren ikke har villet give klageren oplysning om den valgte tilbudsgivers tilbudspriser, hvorfor klageren har væ-

ret afskåret fra selv at foretage beregninger af tilbudspriserne i forhold til underkriteriet pris.

Klageren har vedrørende den subsidiære påstand 12 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med de for-gæves afholdte udgifter ved, at klageren under udbuddet afgav tilbud, og at klageren derfor har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse. Klageren har videre gjort gældende, at denne erstatning bør fastsættes i overensstemmelse med påstandsbeløbet i påstand 12 og har gjort rede for en række synspunkter til støtte herfor.

Indklagede har vedrørende den principale påstand 11 gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren, hvis overtrædelserne 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 erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse. Indklagede har fremsat en række synspunkter til støtte herfor og har herunder henvist til nogle fremlagte nye tilbudsvurderinger, som indklagede har foretaget efter Klagenævnets kendelse af 12. februar 2007 på grundlag af anvisningerne i denne kendelse, dvs. de nye tilbudsvurderinger, som klageren har omtalt, jf. ovenfor. Indklagede har henvist til, at også efter de nye tilbudsvurderinger opnår tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver flest points, sådan at den valgte tilbudsgivers tilbud stadig er det økonomisk mest fordelagtige bud. Indklagede har endvidere gjort gældende, at en eventuel erstatning til positiv opfyldelsesinteresse skal fastsættes til et beløb, der er lavere end påstandsbeløbet i påstand 11, og indklagede har fremsat en række synspunkter til støtte herfor.

Indklagede har vedrørende den subsidiære påstand 12 gjort gældende, at påstandsbeløbet er for højt. Indklagede har fremsat forskellige synspunkter til støtte herfor, herunder synspunkter om de enkelte poster i opgørelsen af påstandsbeløbet og har herved bl.a. henvist til, at klageren trods opfordring fra indklagede ikke har fremlagt dokumentation for posternes rigtighed.

Til brug for Klagenævnets behandling af erstatningsspørgsmålet er der fremlagt et antal yderligere bilag, ligesom der er afgivet supplerende forklaringer af klagerens direktør Poul Schmidt, af chefen for indklagedes hjælpemiddelcentral, Birgitte Østergaard, og af afdelingsleder Jens Winther, indklagedes center for specialundervisning for voksne.

Klagenævnet udtaler:Ad erstatningsgrundlaget:

Som følge af de overtrædelser af udbudsreglerne, som Klagenævnet i kendelsen af 12. februar 2007 konstaterede ad påstand 1, a, 4 og spørgsmål 9, er indklagede efter dansk rets almindelige erstatningsregler erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

De nye tilbudsvurderinger, som indklagede har udfærdiget efter Klagenævnets kendelse af 12. februar 2007, bygger ikke på en forhåndsvurdering af den forventede mængde anskaffelser af de tilbudte produkter i kontraktperioden. De nye tilbudsvurderinger er således ikke udformet i overensstemmelse med anvisningen s. 24 i kendelsen af 12. februar 2007 om, hvordan indklagede skulle have beregnet, hvad tilbudspriserne lød på. De nye tilbudsvurderinger findes herefter uden afgørende betydning for sagen.

Det centrale i indklagedes vurdering af de to tilbud var, at indklagede vurderede klagerens produkter til at have langt lavere kvalitet end den anden tilbudsgivers produkter, således at klagerens produkter reelt var uantagelige, uanset at de opfyldte udbudsbetingelsernes krav til de tilbudte produkter. Klagenævnet har ikke grundlag for at gå ud fra, at denne vurdering var usaglig. Et pålæg til indklagede om betaling af erstatning til klageren til dækning af klagerens positive opfyldelsesinteresse vedrørende delaftale 1 ville derfor være ensbetydende med en konstatering af, at indklagede havde pligt til at tildele klageren kontrakten, selvom indklagede anså klagerens produkter for reelt uantagelige.

En udbyder har imidlertid ikke pligt til at antage et tilbud, der angår produkter, som udbyderen – ikke usagligt – anser for reelt uantagelige. Hertil kommer, at en udbyder ikke har pligt til at indgå kontrakt i henhold til et udbud, hvis udbyderen har saglig grund til at annullere udbuddet. Indklagede havde endvidere saglig grund til at annullere det udbud, som sagen angår, idet indklagedes krav til de ønskede produkter ikke var beskrevet til-

strækkeligt i udbudsbetingelserne, jf. Klagenævnets konstatering ad påstand 4 i kendelsen af 12. februar 2007. Efter tilbuddenes modtagelser kunne eller skulle indklagede således have annulleret udbuddet og iværksat et nyt udbud med udtrykkelig angivelse af indklagedes krav til produkterne. Klagenævnet har ikke grundlag for at gå ud fra, at et tilbud fra klageren under et sådant nyt udbud ville være blevet anset som det økonomisk mest fordelagtige bud.

Klagenævnet finder herefter ikke grundlag for at pålægge indklagede at betale erstatning til dækning af klagerens positive opfyldelsesinteresse vedrørende delaftale 1.

Ifølge klagerens tilkendegivelse under udbuddet ønskede klageren kun at få tildelt kontrakten vedrørende delaftale 2, hvis klageren fik tildelt kontrakten vedrørende delaftale 1. Da Klagenævnet som nævnt ikke finder grundlag for at tillægge klageren erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse vedrørende delaftale 1, er der herefter ikke spørgsmål om at tillægge klageren erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse vedrørende delaftale 2. Klagenævnet har derfor ikke anledning til at pålægge indklagede at fremlægge nærmere oplysninger om delaftale 2 som ønsket af klageren.

Klagenævnet finder, sådan som det også er erkendt af indklagede, at indklagede skal betale erstatning til dækning af klagerens udgifter ved udarbejdelse af tilbud, dvs. negativ kontraktsinteresse, jf. påstand 12. Klagenævnet finder videre, at denne erstatning skønsmæssigt kan fastsættes til 50.000 kr.

Som følge af sagens udfald i forhold til klagerens påstande bestemmes, at indklagede ikke skal betale yderligere sagsomkostninger til klageren.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Københavns Kommune, skal til klageren, Dansk Høreteknik A/S, betale 50.000 kr. med procesrente fra den 15. august 2006.

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

Indklagede skal ikke betale yderligere sagsomkostninger til klageren.

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