

Note: En række oplysninger, som parterne har oplyst er kommercielt fortrolige og af betydning for konkurrencen på markedet og for Region Hovedstadens fremtidige indkøb er efter anmodning fra parterne udeladt i kendelsen.

K E N D E L S E

EFG Bondo A/S
(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Henning Biil, København)

Den 24. oktober 2013 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1-3 i sagen. Denne kendelse vedrører klagerens erstatningspåstande.

Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har i et processkrift, som er modtaget den 12. december 2013, nedlagt påstand om erstatning. Klagerens endelige påstande er:

Påstand 4

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 10.520.000 kr. ekskl. moms med tillæg af procesrente fra den 23. april 2013 til dækning af klagerens positive opfyldelsesinteresse.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 228.253,61 kr. ekskl. moms med tillæg af procesrente fra den 23. april 2013 til dækning af klagerens negative kontraktsinteresse.

Indklagede har påstået frifindelse mod betaling af 268.000 kr., subsidiært mod betaling af et efter klagenævnets skøn fastsat større beløb dog mindre end det af klageren påståede med tillæg af procesrente fra fremsættelsen af erstatningskravet.

Baggrund

Udbudsbetingelserne

Af udbudsbetingelserne vedrørende det oprindelige begrænsede udbud, som ikke blev revideret på nedennævnte punkter i forbindelse med udbuddet med forhandling, fremgår:

»...

13. Kontraktens karakter

Ordregiver agter at indgå parallelle rammeaftaler med 3 leverandører. Kontrakterne vil blive indgået med de leverandører, der afgiver det for ordregiver økonomisk mest fordelagtige, næstmest fordelagtige og tredjemest fordelagtige tilbud i henhold til tildelingskriteriet anført i pkt. 14.1.

Det er under rammeaftalen muligt at købe enten ved direkte tildeling eller gennem fornyet konkurrence mellem parterne (miniudbud) som beskrevet nedenfor.

Køb af produkter angivet på tilbudslisten

Direkte tildeling – produkter angivet i bilag 2 (tilbudslisten)

Køb af produkter angivet i bilag 2 (tilbudslisten) for ordrer på op til kr. 100.000 DKK vil blive tildelt direkte til 1 af de 3 leverandører. Købet vil ske hos den leverandør hvor køber skønner, at det konkrete behov dækkes bedst.

Fornyet konkurrence (miniudbud) – produkter angivet i bilag 2 (tilbudslisten)

Køb af produkter angivet i bilag 2 (tilbudslisten), hvor den samlede ordre overstiger kr. 100.000 DKK vil være genstand for miniudbud mellem parterne, hvormed der er indgået rammeaftale. Priserne i Tilbudslisten – bilag 2 er således ikke bindende ved samlede ordrer over dette beløb.

Ved miniudbud vil tildelingskriteriet laveste pris blive anvendt ved vurdering af den konkrete efterfølgende ordreplacering.

Køb af produkter fra øvrige sortiment

Direkte tildeling – produkter angivet under øvrigt sortiment i bilag 2 (tilbudslisten)

Køb fra leverandører/producenter angivet under øvrige sortiment i bilag 2 for ordrer på op til kr. 100.000 DKK vil blive tildelt direkte til 1 af de 3 leverandører. Købet vil ske hos den leverandør hvor Køber skønner, at det konkrete behov dækkes bedst.

Fornyset konkurrence (miniudbud) - produkter angivet under øvrigt sortiment i bilag 2 (tilbudslisten)

Køb af større ordrer og indretningsprojekter fra leverandører/producenter angivet under øvrigt sortiment i bilag 2, hvor den samlede ordre overstiger kr. 100.000 vil være genstand for miniudbud mellem parterne, hvormed der er indgået rammeaftale. Priserne i Tilbudslisten - bilag 2 for øvrigt sortiment er således ikke bindende ved samlede ordrer over dette beløb.

Ved miniudbud vil tildelingskriteriet økonomisk mest fordelagtige på grundlag af kriterierne pris og kvalitet i denne prioriterede rækkefølge blive anvendt ved vurdering af den konkrete efterfølgende ordreplacering. Kvalitet vil blive vurderet på baggrund af sensoriske egenskaber.

Køb af produkter fra tilbudslisten samt fra øvrigt sortiment

Fornyset konkurrence (miniudbud, tilbudslisten samt øvrigt sortiment)

Køb af større ordre og indretningsprojekter som en kombination af produkter fra tilbudslisten samt fra leverandører/producenter angivet under øvrigt sortiment i bilag 2, hvor den samlede ordre overstiger kr. 200.000 vil være genstand for miniudbud mellem parterne, hvormed der er indgået rammeaftale.

Ved miniudbud vil tildelingskriteriet økonomisk mest fordelagtige på grundlag af kriterierne pris og kvalitet i denne prioriterede rækkefølge blive anvendt ved vurdering af den konkrete efterfølgende ordreplacering. Kvalitet vil blive vurderet på baggrund af sensoriske egenskaber for det øvrige sortiment, men produkterne fra tilbudslisten indgår med den vurdering de har fået i tilbuddet.

...«

Ifølge punkt 3 i de reviderede udbudsbetingelser vedrørende udbuddet med forhandling var tilbudsfristen den 4. marts 2013, og vedståelsesfristen for det justerede tilbud var 6 måneder efter tilbudsfristens udløb.

I det udkast til rammekontrakt, der var indeholdt i udbudsbetingelserne, er det i punkt 2.3 anført:

»...

Hvis udbuddet vedrørende de af nærværende aftale omfattede produkter indbringes for klagenævnet for udbud eller domstolene, og købers beslutning om at tildele sælger aftalen annulleres, eller køber pålægges at bringe kontrakten ophør, er køber berettiget til at opsige kontrakten med et efter de konkrete omstændigheder passende varsel alene mod betaling af sælgeres positive udgifter i anledning af opsigelsen (negativ kontraktinteresse).«

Ifølge rammekontrakten skulle de valgte leverandører vederlagsfrit levere følgende ydelser: konsulentbistand i form af introduktion til og rådgivning om produkterne (punkt 5.1), arkitektbistand i forbindelse med indretningsopgaver (punkt 5.2), vejledningsmateriale samt udarbejdelse af interne kataloger til hospitaler (punkt 5.3), service og support (punkt 6), levering frit på indklagedes adresser (punkt 10.1), håndtering af ordrer, fakturering, reklamationer, berigelse af varedata og logistikoptimering (punkt 8 og 10), udarbejdelse af kvartalsstatistik (punkt 11), udgifter til afhjælpning, omlevering og reparation af mangler (punkt 15) og betaling af erstatning for skader og for misligholdelse af kontrakt (punkt 16 og 17).

Forløbet af klagesagen

Den 21. maj 2013 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet vurderede foreløbigt, at der var begået en overtrædelse ad påstand 3 (senere påstand 1), men fandt ikke betingelsen om uopsættelighed opfyldt. Indklagede indgik herefter kontrakt med de tre leverandører, hvis tilbud indklagede havde anset for de økonomisk mest fordelagtige.

Kinnarps A/S, som havde vundet den tredje delaftale, anmodede den 22. oktober 2013 om tilladelse til intervention i klagesagen. Til støtte herfor anførte Kinnarps A/S blandt andet, at indklagede over for Kinnarps A/S havde angivet at ville opsige kontrakten i medfør af den ovennævnte bestemmelse i rammekontraktens punkt 2.3, hvis klagenævnet måtte give klageren medhold i klagesagen. Det er efterfølgende oplyst, at det var under et møde den 7. oktober 2013, at indklagede meddelte, at kontrakten med Kinnarps A/S i givet fald ville blive opsagt.

Klagenævnet afslog den 24. oktober 2013 anmodningen om tilladelse til intervention. Klagenævnet afsagde samme dag realitetskendelse i sagen.

Ved kendelsen af 24. oktober 2013 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

»Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigthedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriteriet »Kvalitet og funktionalitet« ved at tildele de af klageren tilbudte premium produkter på position 2.1 og position 2.2 væsentligt forskellige scorer, uagtet at kvaliteten af produkterne er identisk.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigthedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at tildele en rammeaftale til klageren, da klageren afgav det økonomisk tredjemest fordelagtige tilbud.

Indklagedes beslutning af 10. april 2013 om at tildele en rammeaftale til Kinnarps A/S annulleres.«

Efter det oplyste tilkendegav indklagede efter kendelsen over for klageren og Kinnarps A/S, at indklagede ville opsiges kontrakten med Kinnarps A/S med henblik på i stedet at tildele den tredje rammeaftale til klageren. Kinnarps A/S gjorde gældende, at indklagede ikke havde været berettiget til at tage tilbuddet fra klageren i betragtning.

Den 13. november 2013 anmodede Kinnarps A/S klagenævnet om at genoptage de spørgsmål, som der er taget stilling til i kendelsen af 24. oktober 2013, og herunder tillade Kinnarps A/S at intervenere i sagen. Klagenævnet afslog anmodningen ved kendelse af 29. november 2013.

Indklagede tilbød i en e-mail af 4. december 2013 til klageren og Kinnarps A/S klageren at tildele den tredje rammeaftale til klageren på samme vilkår som aftalen med Kinnarps A/S. Tilbuddet var betinget af, at der blev opnået enighed mellem indklagede og klageren om afslutning af erstatningssagen i klagenævnet og starttidspunktet for rammeaftalen. Indklagede meddelte samtidig Kinnarps A/S, at selskabets rammeaftale ville blive opsagt, hvis der blev opnået enighed med klageren.

Efter forligsdrøftelser mellem klageren og indklagede sendte indklagede ved e-mail af 9. december 2013 klageren teksten til et forlig, som indklagede havde tilbudt klageren under et møde den 6. december 2013.

Ifølge e-mailen indebar tilbuddet, at klageren ville få tildelt den tredje rammeaftale med virkning fra den 1. marts 2014 samt en erstatning for perioden den 1. juni 2013 - 28. februar 2014 på [udeladt] kr. Klageren skulle i tilfælde af en klage, som førte til annullation af tildelingsbeslutningen, acceptere, at indklagede ville kunne opsigte aftalen i medfør af rammekontrakts punkt 2.3 og tilbageføre kontrakten til Kinnarps A/S mod betaling af en kompensation på [udeladt] kr.

Om beregningen af erstatningen for perioden fra den 1. juni 2013 til den 28. februar 2014 fremgår det:

»Som meddelt EFG Bondo ved mail af 7. november 2013 foreligger p.t. alene omsætningstal for perioden 1. juni 2013 - 30. september 2013. Kinnarps' omsætning har i den periode udgjort [udeladt] kr. Den samlede omsætning udgjorde 12.113.135,40 kr. fordelt med [udeladt] kr. til Flexform og [udeladt] kr. til Scan Office og resten til Kinnarps. Scan Office har vundet de i perioden afholdte 2 miniudbud med en volumen på henholdsvis ca. 1,5 og 0,5 mio. kr.

Procentvis har Scan Office således fået [udeladt] % af omsætningen, Flexform [udeladt] % og Kinnarps [udeladt] % af omsætningen.

Omsætningen vedrører en periode på 4 måneder. Ganges denne med 3 svarer det til en årsomsætning på 36,3 mio. kr. Da der imidlertid var ophobet et vist behov, er det fair at antage, at den samlede årsomsætning vil svare til de estimerede 30 mio. kr.

RH finder, at Kinnarps andel af omsætningen må lægges til grund. ...

Den omsætning, der skal lægges til grund for beregningen må således være:

1. juni 2013 – 30. september 2013:	[udeladt] kr.
1. oktober 2013 – 28. februar 2013:	
30 mio./3x14 %	1.400.000,00 kr.
Omsætning i alt	[udeladt] kr.«

Indklagede har oplyst, at indklagede desuden erklærede, at indklagede ville introducere klageren som ny part i rammeaftalen over for indklagedes institutioner mv., som trækker på rammeaftalen, og dermed gøre sit til at kompensere for det senere tidspunkt, hvor klageren ville blive leverandør.

Klageren meddelte den 10. december 2013, at tilbuddet ikke kunne accepteres på de tilbudte vilkår.

Indklagede forhøjede den 10. december 2013 det tilbudte kompensationsbeløb til [udeladt] kr. Med forbehold for ledelsens godkendelse foreslog klagerens advokat et kompensationsbeløb på [udeladt] kr., og at beløbet på [udeladt] kr. i tilfælde af opsigelse efter en annulation af tildelingsbeslutningen blev forhøjet til [udeladt] kr.

Kinnarps A/S indgav den 11. december 2013 en selvstændig klage (j.nr. 2013-0036176) med påstand om, at indklagede af de grunde, som Kinnarps A/S tidligere havde anført, ikke havde været berettiget til at tage tilbuddet fra klageren i betragtning.

Den 12. december 2013 indgav klageren processkrift med påstand om erstatning. Kravet i påstand 4 var på 11.200.000 kr., men er efterfølgende nedsat til 10.520.000 kr.

Den 8. januar 2014 afviste klagenævnet klagen fra Kinnarps A/S. Afvisningen var begrundet med, at Kinnarps A/S, som fortsat havde kontrakt med indklagede, ikke for tiden havde retlig interesse i klagen.

Bedømmelsen af de tre vindende tilbud og af klagerens tilbud

Ifølge evalueringsrapporten fik de tre tilbud, der blev vurderet som henholdsvis økonomisk mest fordelagtigt (tilbuddet fra Flexform Stolehuset A/S), næstmest økonomisk fordelagtigt (tilbuddet fra Scan Office A/S) og tredjemest økonomisk fordelagtigt (tilbuddet fra Kinnarps A/S), henholdsvis tilbuddet fra klageren følgende point:

	Klageren	Kinnarps A/S	Scan Office A/S	Flexform Stolehuset A/S
Point pris	4,87	4,76	4,51	5,00
Point kvalitet funktionalitet	2,79	3,24	3,91	3,61

Point sortiment	3,10	2,80	3,20	3,40
-----------------	------	------	------	------

og følgende samlede point vægtet:

	Klageren	Kinnarps A/S	Scan Office A/S	Flexform Stolehuset A/S
Point pris vægtet 40 %	1,95	1,90	1,80	2,00
Point kvalitet funktionalitet vægtet 30 %	0,84	0,97	1,17	1,08
Point sortiment vægtet 30 %	0,93	0,84	0,96	1,02
Samlet	3,71	3,72	3,94	4,10

Som det fremgår af klagenævnets kendelse af 24. oktober 2014 beror den tilsyneladende sammentællingsfejl vedrørende de point, der efter vægtningen samlet er tildelt klageren og Kinnarps A/S på, at den vægtede pointtildeling, der fandt sted (som blev beregnet med et uendeligt antal decimaler), ikke er gengivet korrekt i rapporten.

Som det ligeledes fremgår af kendelsen begik indklagede endvidere fejl ved evalueringen af de mødeborde, som klageren tilbød på position 2.1 premium og position 2.2 standard, hvilket resulterede i en for lav pointtildeling. Når der tages højde for disse fejl, skulle klageren samlet set have været tildelt marginalt flere point end Kinnarps A/S, og dermed have været udpeget som den tilbudsgiver, der havde afgivet det tredjemest økonomisk fordelagtige tilbud.

Tabsopgørelsen

Klageren har opgjort kravet på positiv opfyldelsesinteresse på grundlag af et forventet indkøb svarende til det, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen, det vil sige 90 mio. kr. i alt i de 3 år rammeaftalen løber, med tillæg af 30 mio. kr. som følge af optionen på forlængelse i 1 år. Derimod er optionen på såkaldte »kvalitetsfondsprojekter« ikke taget i betragtning.

Det antages, at klagerens andel af det samlede indkøb på 120 mio. kr. ville have været 1/3, det vil sige 40 mio. kr.

Erstatningskravet er herefter beregnet på grundlag af en dækningsgrad på [udeladt] %.

Til støtte for, at klageren ville have opnået en sådan dækningsgrad har klageren fremlagt:

- Seneste årsregnskab for 2012, som viser en gennemsnitlig dækningsgrad (bruttofortjeneste I) på [udeladt] % i 2012 og [udeladt] % i 2011 og en bruttofortjeneste II på [udeladt] % og [udeladt] % i samme år. Bruttofortjeneste I er ifølge årsregnskabet nettoomsætning (indtægter fra salg, samt »salg, andet« og »faktureret fragt og montering« fradraget provisioner og rabatter) med fradrag af »ændring i beholdning af færdigvarer mv.«. Bruttofortjeneste II er bruttofortjeneste I med fradrag af personaleomkostninger. Klagerens opgørelse af dækningsgraden på [udeladt] % svarer efter det af klageren oplyste til en på grundlag heraf opgjort bruttofortjeneste I på [udeladt] % fradraget nettoomsætning vedrørende »salg, andet« og »faktureret fragt og montering«, idet disse poster som ifølge klageren svarer til de leverings-, service, fragt- og monteringsomkostninger, skulle være indeholdt i priserne i henhold til rammeaftalen.

Ifølge regnskabsspecifikationen til resultatopgørelsen stammer [udeladt] % af omsætningen i 2012 fra »EFG produkter« (produkter, fremstillet inden for den koncern, klageren tilhører) og [udeladt] % fra salg af »fremmede produkter. Den tilsvarende fordeling i 2011 er [udeladt] % henholdsvis [udeladt] %. Klageren har oplyst, at det endnu ikke reviderede regnskab for 2013 viser en fordeling, hvor [udeladt] % af omsætningen vedrører egenproducerede møbler.

Af punkt 4 til specifikationen fremgår, at »ændring af beholdning af færdigvarer mv.« består af to poster: »montøromkostninger« og »ændring af beholdning af færdigvarer«. I punkt 5 i specifikationen om »andre omkostninger« anføres som en del af »lokaleomkostninger« en post benævnt »fragt og spedition«, som i 2012 udgør [udeladt] kr. og 2011 [udeladt] kr. I punkt 5 i specifikationen om »andre eksterne omkostninger« er udgift til »forsikringer« anført under »administrationsomkostninger«.

Klageren har desuden fremlagt:

- En erklæring af 7. januar 2014 fra statsautoriseret revisor Lissen Fagerlind Hammer, Ernst & Young, hvori der oplyses om:

En dækningsgrad for 2010 på [udeladt] % (baseret på klagerens årsrapporter).

Gennemsnitlige dækningsgrader vedrørende salg til »det offentlige segment« på [udeladt] % i 2013, [udeladt] % i 2012 og [udeladt] % 2011 (baseret på klagerens salgsstatistiksystem). Det oplyses, at salg på en kontrakt med Moderniseringsstyrelsen ikke indgår i opgørelsen vedrørende det offentlige segment. Som begrundelse angives det, at der er tale om et specialsortiment, der ikke er sammenligneligt med klagerens øvrige produkter.

Resultatet af en stikprøveundersøgelse vedrørende gennemsnitlig dækningsgrad ved salg til det offentlige segment set i forhold til dækningsgrad for alle salg på 10 varenumre, som indgik under udbuddet. Det oplyses, at de 10 varenumre er udvalgt således at den største del af stikprøven udgøres af varer med en relativ vægt på 5 % eller derover under udbuddet. Undersøgelsen viser dækningsgrader for de pågældende vareprøver ved salg til de offentlige segment som i forhold til den gennemsnitlige dækningsgrad vedrørende alle salg i 2013 ligger på mellem [udeladt] % og [udeladt] %.

Klageren har i et efterfølgende processkrift af 19. februar 2014 oplyst, at betegnelsen »det offentlige segment« i revisorerklæringen i klagerens terminologi omfatter leverancer til offentlige institutioner, inkl. SKI, og at stort set alle klagerens leverancer inden for de sidste 4 år i dette segment er sket i henhold til rammeaftaler, der har været udbudt på samme måde og nogenlunde samme vilkår som den her omhandlede rammeaftale. Ifølge klagerens oplysning i processkriftet sker [udeladt] % af klagerens leverancer til det offentlige segment til Region Midtjylland og SKI i henhold til sådanne rammeaftaler.

Klageren har fremlagt en ikke udfyldt tilbudsliste vedrørende kontrakten med Moderniseringsstyrelsen til dokumentation for udsagnet om, at der i

henhold til denne aftale leveres et specialsortiment, som er specielt udviklet og produceret til Moderniseringsstyrelsen, og at aftalen derfor ikke er sammenlignelig med den rammeaftale, som denne sag vedrører. Den pågældende liste indeholder en kolonne med overskrifter »Moderniseringsstyrelsens vare/serviceydelsesnummer«, hvor der anføres produktnumre som »MOD-STBAA« vedrørende de forskellige produkter, f.eks. »Bord A ahorn/birkefinér«.

I en erklæring af 13. marts 2014 fra senior business controller Lene Michelsen og salgschef Christian Meldgaard hos klageren anføres det:

»Som Senior Business Controller og ansvarlig for økonomien i EFG Bondo A/S gennem 16 år og som salgschef med ansvar for salg i Øst Danmark, skal vi – efter at have gennemlæst Region Hovedstadens processkrift af 5. marts 2014 – hermed erklære følgende:

EFG Bondo har ikke lavet en specifik kalkule

Vi har ikke lavet en specifik samlet kalkulation over den forventede fortjeneste, da vi bød på Region Hovedstadens udbud. Årsagen er, at en sådan specifik kalkulation vil være behæftet med store usikkerheder, hvorfor den ikke er praktisk anvendelig, da vi ikke på forhånd kendes vores andel af omsætningen på aftalen, hvis vi får tildelt en rammeaftale, da der ikke er tale om en forpligtende rammeaftale.

Vi ved heller ikke, hvordan omsætningen vil fordele sig mellem de udbudte produkter, eller hvor mange produkter, der vil blive købt, som ikke er omfattet af tilbudslisten. Vi ved efter mange års erfaring, at når vi får tildelt en rammeaftale – uanset om den er forpligtende eller ej – så køber kunden altid produkter, som ikke har været anført på tilbudslisten, fordi indkøbernes behov ikke altid i praksis fuldt ud dækkes af de tilbudslistes, som er en del af udbudsmaterialet. Priserne der er tilbudt på rammeaftalen udbudt af Region Hovedstaden afviger samlet set ikke fra de priser, vi sædvanligvis tilbyder på tilbud på større rammeaftaler til det offentlige segment; nogle produkter er tilbudt til lidt lavere priser end vores sædvanlige priser på de pågældende produkter, hvis det fremgik af tilbudslisten, at prisen på dette produkt vægtede højt ved prissammenligningen. Andre produkter er tilbudt til lidt højere priser, end de priser, vi har tilbudt på andre tilsvarende rammeaftaler, hvis det fremgik af tilbudslisten, at priserne på disse produkter ikke vægtede så højt ved prissammenligningen.

Det er vores erfaring, at det ikke nødvendigvis er de priser, der vægter højest ved tilbudssammenligningen, der aftages mest af.

Samlet set forventede vi med tilbuddet at opnå et dækningsbidrag svarende til vores sædvanlige dækningsgrad på ca. [udeladt] %, hvis vi fik tildelt en rammeaftale. Vi afgiver aldrig tilbud, hvor vi ikke estimerer en fortjeneste. Dette gælder uanset hvilken kunde, produkt, projekt eller rammeaftale, der er tale om. Dækningsgrad er et fokusområde i EFG Bondo og hele salgsorganisationen måles på opnået dækningsbidrag og dækningsgrad.

Vi kan oplyse, at EFG Bondo har været leverandør på SKI-aftaler siden 1998. Vi har traditionelt altid haft en stor del af vores omsætning på levering til det offentlige segment, enten via SKI-aftaler eller via andre rammeaftaler. I 2012 udgjorde vores omsætning på levering under SKI-aftalen og andre rammeaftaler, herunder til Region Midtjylland, [udeladt] % af en samlet omsætning på [udeladt] kr., og i 2013 udgjorde vores omsætning på levering til det offentlige segment, [udeladt] % af en samlet omsætning på [udeladt] kr. Vi henviser til den revisorerklæring, der er fremlagt i sagen, der viser vores sædvanlige dækningsgrad, herunder på levering af produkter til det offentlige segment.

Vi kan oplyse, at fra 1998 og til dato har SKI-kunderne og Region Midtjylland alle år købt produkter, som ikke var omfattet af tilbudslisten, dvs. produkter udenfor aftalen. I 2012 var vores omsætning af produkter uden for aftalen ca. [udeladt] kr. ud af en samlet omsætning på [udeladt] kr. til det offentlige segment, og i 2013 var den på [udeladt] kr. ud af en samlet omsætning på [udeladt] kr. til det offentlige segment.

FM-aftalen

Vi har på FM aftalen tilbudt et specialsortiment, da vi ikke kunne opfylde Moderniseringsstyrelsens kravspecifikation med produkter fra vores standardsortiment. Da aftalen med Moderniseringsstyrelsen var udbudt som en forpligtende aftale med en stor volumen, og en løbetid på 4 år incl. optioner på forlængelse, tilbød vi – helt undtagelsesvist – produkter specielt tilpasset denne aftale på trods af et lavere dækningsbidrag på grund af aftalens strategiske betydning og store værdi som reference. De produkter, som vi tilbød på FM aftalen kan alene sælges til kunder, der er tilsluttet aftalen med Moderniseringsstyrelsen. FM-aftalen trådte i kraft den 1. januar 2013, og vi påbegyndte levering under aftalen den 8. februar 2013. Vi har indtil nu haft en omsætning på DKK [udeladt] i 2013 på denne specifikke aftale med en dækningsgrad på [udeladt] %.

Vores samlede dækningsgrad på salg til det offentlige segment var i 2013 på [udeladt] % excl. FM aftalen, og på [udeladt] % incl. FM aftalen.

Vi kunne godt opfylde Region Hovedstadens kravspecifikation med varer fra vores standardsortiment, og tilbudslisten på denne aftale omfatter derfor kun varer fra vores standardsortiment eller fra underleverandører.

Det særlige forhold, som gør sig gældende for tilbuddet på FM aftalen, gælder derfor ikke på tilbuddet til Region Hovedstaden, hvor vi i forbindelse med tilbudsafgivelsen estimerede at opnå vores sædvanlige dækningsgrad.

Variable/faste omkostninger

Vi kan oplyse, at EFG Bondos salgskonsulenter, indregningsarkitekter og salgssupportere er fastansatte medarbejdere, og at mange har været ansat i virksomheden i mange år. I EFG Bondos regnskab er omkostninger til disse medarbejdere omfattet af posten personaleomkostninger og henregnes til faste omkostninger, dvs. omkostningen afhænger ikke af aktivitetsniveau, og påvirkes derfor ikke af, om EFG Bondo var blevet tildelt rammeaftalen med Region Hovedstaden.

EFG Bondo har gode IT-systemer, og opgaven med udarbejdelse af interne kataloger til Region Hovedstadens hospitaler, samt udarbejdelse af kvartalsstatistikker, håndtering af ordrer, evt. reklamationer, logistikoptimering m.v. ville kunne være blevet udført af vores eksisterende medarbejdere i henholdsvis IT og økonomiafdelingen. Der var tale om periodisk tilbagevendende opgaver, som vi ville have lagt ind i den normale opgaveplanlægning, hvis vi var blevet tildelt en rammeaftale. Det fremgik af vilkårene for den udbudte rammeaftale, at vi skulle have håndteret alle disse opgaver fra aftalens ikrafttræden, som var kort efter tildelingen, så det var også en forudsætning for at kunne byde på leverancen, at vi havde denne kapacitet i vores eksisterende organisation.

Vi beskrev i øvrigt detaljeret det team af medarbejdere, som vi stillede til rådighed til udførelse af service og support mv. og overtagelse af alle de opgaver, der er beskrevet på side 6 og 7 i processkriftet af 5. marts 2014, under aftalen i vores begæring om prækvalifikation. Det materiale er Region Hovedstanden naturligvis i besiddelse af, men vi vedlægger det som bilag 1 til denne erklæring. Der er navne og billeder på alle de fastansatte

medarbejdere, som vi stillede til rådighed for at varetage serviceydelserne under aftalen. På nær en enkelt medarbejder, der er fratrådt af andre årsager end den, at vi ikke fik tildelt en rammeaftale, er alle disse medarbejdere fortsat ansat hos os, og udgifter hertil er i vores regnskab en fast omkostning, jf. [specifikationerne til årsregnskabet].

I det omfang, vi var blevet tildelt en rammeaftale og havde opnået en årlig omsætning på ca. 30-40 mio. kr., ville vi have kunnet håndtere disse opgaver med vores eksisterende organisation.

EFG Bondo anvender den kapacitet, som kunne have været anvendt på at servicere Region Hovedstaden, hvis vi var blevet tildelt en rammeaftale, på at skaffe andre kunder og opgaver, og på eksisterende kunder. Vi vil naturligvis byde på andre aftaler, som udbydes af det offentlige, når de kommer i udbud, såfremt vi kan opfylde kravspecifikationen. Der har ikke siden udbuddet af Region Hovedstadens rammeaftale været udbudt en sammenlignelig aftale på salg til det offentlige segment i omfang og volumen, men det forventes, at en eller to regioner udbyder rammeaftaler i løbet af 2014, som vi – alt efter udbudsvilkårene – forventer at byde på.

Vi kan oplyse, at vi er organiseret således, at al vores distribution og levering foregår i leasede vare- eller lastbiler. Der er tale om leasingaftaler med en løbetid på 6-8 år afhængig af hvilken type bil. Aftalen med leasingselskabet er en fleet management aftale, hvilket betyder, at alle udgifter afholdes af leasingselskabet, der sender en faktura på et fast beløb hver måned. Ved aftalens ophør opgøres forbruget detaljeret, og der afregnes hhv. tilbagebetales afhængig af resultatet. Aftalen for den enkelte bil er i nogen grad uopsigelig, så derfor anses omkostningen for at være fast i fleet management aftalens løbetid. Som oplyst, er det kun i særlige tilfælde, at vi har behov for at afholde udgifter til fragt herudover; i 2011 havde vi ingen udgifter hertil, i 2012 havde vi en udgift hertil på 90 t. kr. og i 2013 er derfor bogført en udgift på 118 t. kr.

Sådanne særlige fragtudgifter, der ikke faktureres kunden, afholdes i særlige tilfælde i forbindelse med levering til forhandlere og til Grønland og Færøerne.

Vi kan oplyse, at EFG Bondos omkostninger i forbindelse med afhjælpning af fejl, omlevering og reparation, er af en uvæsentlig størrelse, og i vores regnskab er indeholdt i posten ”Ændring i beholdning af færdigvarer”, og derfor fratrasket førend dæk-

ningsgraden beregnes, jf. [specifikationerne til årsregnskabet]. Vi kan videre oplyse, at bogføringen i 2012 viser en omkostning på 14 t. kr. I 2013 er der bogført en udgift på 123. t. kr.

Vi kan bekræfte, at EFG Bondos forsikringer er en del af et omfattende koncernforsikringsprogram, og omkostningen hertil er indeholdt i posten ”andre eksterne omkostninger”, og udgør en fast omkostning, jf. [specifikationerne til årsregnskabet]. Der er tale om ansvarsforsikring (skade og produktansvar).

Vi har i de senere mange år ingen udgift haft til selvrisiko i forbindelse med levering af produkter.«

Indklagede har oplyst, at der nu foreligger følgende oplysninger om indkøb i perioden fra den 1. juni – 31. december 2013:

1. Flexform Stolehuset A/S	[udeladt] kr. [udeladt] %
2. Scan Office A/S	[udeladt]kr. [udeladt]%
3. Kinnarps A/S	<u>[udeladt] kr. [udeladt]%</u>
I alt	27.826.641,12 kr.

Af denne omsætning er ca. 2 mio. kr. anskaffet ved 2 miniudbud, som Scan Office har vundet. Resten er købt ved direkte træk på rammeaftalerne.

Indklagede er enig med klageren i, at det samlede indkøb i rammeaftalens løbetid på 3 år må antages at blive de 90 mio. kr., der fremgår af udbudsbekendtgørelsen.

Indklagede har til klagenævnet indleveret oplysninger om den dækningsgrad, som én af tilbudsgiverne, [udeladt] A/S, ved en fejl indleverede til indklagede med sit tilbud, og den dækningsgrad, som en af de vindende tilbudsgivere, [udeladt] A/S, har oplyst indklagede om at have kalkuleret med at opnå. Indklagede har blandt andet på baggrund heraf, jf. om indklagedes anbringender nedenfor, gjort gældende, at det ikke kan antages, at klagerens dækningsgrad ville have været mere end 8 %. Af de nævnte oplysninger fremgår dækningsgrader efter fradrag af udgifter til levering og montering på 8-10 %.

[udeladt] A/S har endvidere oplyst, at man typisk i branchen (blandt de større aktører) handler ud fra en dækningsgrad 1 (forhold mellem indkøbspris og salgspris) på 28-30 %. Levering og montering udgør typisk 5-15 % af-

hængig af volumen og sammensætning, men kan på store enkeltsager komme længere ned.

Klagenævnet har gjort klageren bekendt med ovennævnte oplysninger, jf. princippet i forvaltningslovens § 19, stk. 1. Klagenævnet har herved fundet, at hensynet til beskyttelse af de to tilbudsgiveres interesser i hemmeligholdelse af denne del af oplysningerne ikke oversteg klagerens interesse i at opnå aktindsigt heri, jf. forvaltningslovens § 19, stk. 2, nr. 4, jf. § 15 b, nr. 5, jf. § 15 c. Klagenævnet har derimod ikke gjort klageren bekendt med de konkrete dækningsgrader, de to tilbudsgivere hver især har kalkuleret med, jf. forvaltningslovens § 19, stk. 2, nr. 4, jf. § 15 b, nr. 5.

Indklagede har til støtte for sit synspunkt, hvorefter sortimentet i kontrakten med Moderniseringsstyrelsen ikke kan antages at adskille sig fra det, som klageren har tilbudt på denne rammeaftale, fremlagt en vejledning vedrørende kontrakten med Moderniseringsstyrelsen, som ligger på www.statens.indkøb. Sortimentet er beskrevet heri.

Parternes anbringender

Ad erstatningsgrundlaget og årsagsforbindelse

Indklagede har erklæret sig enig i, at det på baggrund af kendelsen af 24. oktober 2013 samt klagenævnets kendelse af 29. november 2013 og klagenævnets kendelse af 8. januar 2014 foreligger det fornødne ansvarsgrundlag, og at det ved klagenævnets afgørelse af erstatningsspørgsmålet kan lægges til grund, at klageren skulle have været tildelt den tredje delaftale.

Indklagede har taget forbehold for at gøre gældende, at der ikke er det fornødne ansvarsgrundlag og årsagsforbindelse, hvis klagenævnets afgørelse måtte blive indbragt for domstolene.

Ad tabsbegrænsningspligt (pligt til at indgå kontrakt med indklagede om den 3. delaftale)

Klageren har gjort gældende, at klagerens afslag på indklagedes betingede tilbud om indtræden i rammeaftalen den 1. marts 2014 næsten et år efter, at rammeaftalen er trådt i kraft, og længe efter, at vedståelsesfristen på 6 må-

neder er udløbet, ikke medfører, at klageren ikke har iagttaget sin tabsbegrænsningsforpligtelse.

Der er tale om en treårig rammeaftale med en option på forlængelse i 12 måneder med kontraktstart i maj 2013. Det er klagerens erfaring som leverandør på en række store offentlige rammeaftaler med flere leverandører, at det er helt afgørende at være med fra starten af rammeaftalens løbetid. Det skyldes, at indkøberne i opstartsperioden afholder introduktionsmøder med leverandørerne, hvor leverandørerne præsenterer deres produkter, hvorefter indkøberne træffer en række produktvalg. Når en produktlinje og et sortiment først er valgt, vil mange efterfølgende træk på rammeaftalen ske ved direkte tildeling til den samme leverandør, som blev valgt til de første indkøb. Dette må også forventes at være tilfældet i relation den foreliggende rammeaftale, idet det følger af afsnit 13 i udbudsbetingelserne, at ordrer op til 100.000 kr. tildeles direkte hos den leverandør, »hvor køber skønner, at det konkrete behov dækkes bedst«. Hvis klageren tog mod tilbuddet om fra den 1. marts 2014 at få tildelt rammeaftalen, ville klageren aldrig få nogen større del af omsætningen på de direkte tildelte ordrer, idet indkøberne allerede har foretaget en række produktvalg, som betyder, at ordrene i praksis vil gå til de to leverandører på rammeaftalen, der har været med fra starten. Et tilbud om at tiltræde rammeaftalen næsten et år efter dens ikrafttræden udgør derfor ikke en reel compensation for, at klageren ikke blev tildelt rammeaftalen. Det gælder, uanset indklagedes tilbud om at medvirke til at introducere klageren som ny leverandør.

Ikke blot den tid, der er gået, siden rammeaftalen trådte i kraft i forhold til de to andre leverandører, men også den ikke ubetydelige risiko for, at en tildeling på nuværende tidspunkt ville blive anset for en ulovlig direkte tildeling, gør det åbenbart, at klageren ikke havde og har nogen kontraheeringspligt.

Der er heller ingen støtte i relevant teori eller praksis for, at der skulle bestå den af indklagede hævdede tabsbegrænsningspligt.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ved at afslå indklagedes tilbud på at indtræde i rammeaftalen med virkning fra den 1. marts 2014 har tilsidesat sin tabsbegrænsningspligt.

Både teori og praksis støtter, at der i et tilfælde som det foreliggende består pligt for en tilbudsgiver som klageren til at kontrahere med en skadevolder, som med urette har undladt at tildele tilbudsgiveren kontrakt.

En sådan kontraheringspligt må antages ofte at bestå i udbudsretlige sager, hvor erstatningskrav typisk beror på ordregivers hændelige eller undskyldelige fejlanvendelse af udbudsreglerne, og hvor der normalt ikke hersker tvivl om ordregivers evne og vilje til at opfylde en aftale med en oprindeligt forbigået tilbudsgiver.

En kontraheringspligt understøttes også af formålet med kontroldirektiverne, som er at sikre at konstaterede overtrædelser kan bringes til ophør, jf. herved overskriften til ændringsdirektivet til kontroldirektiverne 2007/66/EF af 11. december 2007 og betragtning 3 i præamblen. Erstatningsbeføjelsen må anses for subsidiær hertil. Fortolket i en udbudsretlig kontekst bør en tabsbegrænsningspligt, som indebærer en pligt til at kontrahere, således være udgangspunktet. Dette støttes også af de effektivitetshensyn, der ligger til grund for kontroldirektiverne.

I denne sag er der tale om hændelige og/eller undskyldelige fejl, og der er ikke tvivl om indklagedes evne og vilje til at opfylde en aftale med klageren. Den rammeaftale, som indklagede har tilbudt klageren, er på helt samme vilkår som i udbudsbetingelserne bortset fra starttidspunktet. Indklagede har også tilbudt klageren at betale erstatning for perioden indtil kontraktstart. Hvis der ikke kan opnås enighed om beløbets størrelse, ville det kunne overlades til klagenævnet at træffe afgørelse herom. Frygten for ikke at kunne opnå lige så stor en omsætning på rammeaftalen ved at komme ind fra den 1. marts 2014, er ubegrundet. Indklagede ville således i givet fald gøre sit til at introducere klageren for de lokale aftagere, og dermed sikre at klageren blev stillet på samme måde, som hvis klageren havde været med fra starten. Klageren kan ikke kræve at blive bedre stillet, end hvad der følger af rammekontraktens vilkår om opsigelse i tilfælde af annullation.

Klageren har således ikke haft nogen god grund til at nægte at tage imod tilbuddet, og erstatningskravet skal derfor reduceres, så der alene kan kræves erstatning for perioden frem til den 1. marts 2014. Det beløb, som indklagede anerkender, er udtryk for en passende erstatning.

Ad erstatningskravet

Klageren har vedrørende opgørelsen af tabet, gjort gældende:

Forventeligt samlet indkøb

Tabet skal opgøres på baggrund af det forventede indkøb, som indklagede selv har fastsat i udbudsmaterialet. Desuden må det ved opgørelsen antages, at indklagede vil udnytte optionen på forlængelse med 1 år. Indklagede må herved bære risikoen for den manglende afklaring af, om optionen udnyttes eller ej. Herfor taler også hensynet til en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Der skal således tages udgangspunkt i et samlet indkøb på 120 mio. kr.

Klageren har endog undladt at medtage indkøb i henhold til den økonomisk betydningsfulde option på »kvalitetsfondsprojekter«.

Fordeling mellem de tre leverandører

Ordre under 100.000 kr. skulle tildeles den tilbudsgiver, hvor indklagede i forhold til den konkrete ordre skønnede, at det konkrete behov blev bedst dækket, og ordre over 100.000 kr. skulle tildeles ved miniudbud. Ved enhver tildeling af ordre under rammeaftalen ville klageren således have haft samme mulighed for at få andel i rammeaftalens omsætning som de øvrige to valgte leverandører. Klagerens muligheder for at få tildelt ordre var særdeles gode, idet klageren havde tilbudt produkter af en høj kvalitet med en god designmæssig profil, og tilbudt den næstlaveste pris efter Flexform Stolehuset A/S (og altså bedre end Kinnarps A/S). Kinnarps A/S og klageren har ikke afgivet sammenlignelige tilbud, hverken for så vidt angår produkter eller pris. For eksempel har Kinnarps A/S tilbudt det brunchbord på position 2.2, som klageren tilbød som standard, som et premiumprodukt. Det kan derfor ikke antages, at klageren ville have modtaget den samme andel af ordre på rammeaftalen, som Kinnarps A/S har. Det må følgelig lægges til grund, at klageren ville have fået andel i mindst en tredjedel af den anslåede omsætning i kontraktperioden, hvis klageren var blevet tildelt en rammeaftale fra starten eller kort tid herefter. Det må bevismæssigt komme indklagede til skade, at der ikke er bevis for andet.

Dækningsbidrag

Dækningsbidrag opgøres som nettoomsætning fradraget de variable omkostninger, som for klagerens vedkommende er udgiften til de solgte kon-

tormøbler og de udgifter til levering, service fragt og montering, som skulle være indeholdt i de tilbudte priser på rammeaftalen. Et dækningsbidrag på [udeladt] % ([udeladt] % før fradrag af udgifter til levering, service fragt og montering)-er, jf. årsregnskabet for 2012 og revisorerklæringen samt erklæringen fra klagerens senior business controller og salgschef, realistisk.

Efter den fremlagte revisorerklæring og de stikprøver, revisor har foretaget, er der intet grundlag for indklagedes »formodning« om, at klageren på denne kontrakt har tilbudt lavere priser end vanligt og dermed har haft ud-sigt til et lavere dækningsbidrag end sædvanligt.

Karakteren af de her udbudte leverancer adskiller sig ikke fra de leverancer, som er afspejlet i regnskaberne. Regnskabstallene vedrører således også større møbelleverancer med hovedvægten på egenproducerede møbler, hvor avancen er størst. I tilbuddet i denne sag udgør egenproducerede møbler ca. [udeladt] % egne møbler og ca. [udeladt] % møbler fra andre producenter. Dette svarer til den fordeling, der er vist i regnskabet for 2011 og 2012 og den fordeling, der har været i 2013. Dækningsgraden i de tidligere regnskabsår kan og bør derfor lægges til grund.

Kontrakten med Moderniseringsstyrelsen er ikke medtaget i revisorerklæringens opgørelse af dækningsgrad vedrørende leverancer til det offentlige segment, fordi kontrakten ikke på nogen måde er sammenlignelig. Der er således i modsætning til den rammeaftale, som denne sag vedrører, tale om specialfremstillede møbler, jf. den fremlagte tilbudsliste med særlige produktnumre. Dækningsgraden på den pågældende kontrakt kan derfor heller ikke tages som udtryk for, hvad dækningsgraden ville være på nærværende kontrakt.

Den omstændighed, at andre leverandører i branchen har en lavere dækningsgrad end klageren, skal ikke komme klageren til skade. Der er i den forbindelse stor forskel på at være leverandør af andres produkter, som f.eks. Scan Office A/S, eller som klageren at være en del af en koncern, der selv producerer møblerne og dermed ikke skal betale ekstra omkostninger til fordyrende mellemlid.

Der er intet grundlag for at foretage de fradrag, indklagede hævder, skal ske. De ydelser i form af konsulentbistand, intern arkitektbistand, udarbejdelse af interne kataloger, service- og support, håndtering af ordrer og kvar-

talsstatistik, som leverandørerne skal levere i henhold til rammeaftalen, ville således være blevet udført af fastansat personale hos klageren, herunder klagerens fastansatte arkitekt, hvis klageren havde fået tildelt kontrakten. Udgifterne hertil skal derfor ikke fradrages ved opgørelsen af klagerens erstatningskrav. Det ville først være blevet nødvendigt at ansætte ekstra personale for at varetage administrationen af rammeaftalen og levere de pågældende ydelser, hvis klageren havde fået næsten hele eller hele omsætningen under rammeaftalen. Kravet er imidlertid opgjort under en forudsætning om, at klageren får 1/3 af omsætningen.

Den kontraktuelle »levering frit« på indklagedes adresse ville ligeledes være blevet udført af fastansat personale i langtidsleasede biler og er dermed en fast omkostning, som ikke skal fradrages i erstatningskravet. Posten på ca. 90.000 kr. i 2012 og 0 kr. i 2011 vedrørende »fragt og spedition« som ses i regnskabet under »lokaleomkostninger« vedrører sjældne og særlige tilfælde, hvor klageren må hyre ekstern bistand til en levering. Der er ikke grundlag for at antage, at det ville være nødvendigt at afholde sådanne udgifter for at levere til indklagede, og i hvert fald ikke at dette ville have nedsat dækningsgraden i nævneværdigt omfang.

Omkostninger til afhjælpning, omlevering og reparation af mangler vil normalt blive dækket af klagerens egen leverandør, og vil i de tilfælde, hvor manglen skyldes klagerens forhold typisk være yderst begrænset. I 2011 var udgiften hertil 0,03 % af nettoomsætningen, i 2012 0,09 % af nettoomsætningen og i 2013 0,1 %. Omkostningerne hertil er desuden omfattet af posten ændring i beholdning af færdigvarer i regnskabet, og er dermed allerede indeholdt i klagerens beregning af dækningsgrad.

Udgifter til betaling af erstatning for skader og misligholdelse vil være forsikringsdækket med en dækningssum på [udeladt] kr. pr. skade. Omkostningerne til forsikringsdækning er indeholdt i regnskabet under posten andre eksterne omkostninger, jf. specifikationen i regnskabet, og er dermed en del af de faste omkostninger, som ikke skal fradrages ved opgørelsen af erstatningskravet. Selvriskoen er på [udeladt] kr., og klageren har ikke i de sidste 5 år haft udgifter til betaling af selvrisiko, så der er heller ikke grundlag for at indregne sådanne selvriskobeløb.

Til støtte for, at tabet minimum udgør det påståede beløb, har klageren yderligere henvist til, at klageren normalt ville kunne forvente at opnå et

salg til indklagedes institutioner af produkter, som ikke er omfattet af rammeaftalen, i tillæg til det salg, som omfattes af rammeaftalen. Avancen på sådant salg uden forudgående priskonkurrence med andre leverandører er erfaringsmæssigt større end på udbudte kontrakter. Et sådant tab er ikke opgjort og indgår ikke som sådan i Tabsopgørelsen, men bør også tages i betragtning. Indklagedes svar på klagerens opfordring om at oplyse om sådant salg viser, at indklagede bevidst har undladt at indhente nærmere oplysninger om denne type salg »ved siden af« af rammeaftalen – som givetvis har fundet sted.

Kapacitetsfradrag

Klageren kunne have leveret i det omfang, som klageren forudsætter i sin erstatningsopgørelse, med den kapacitet, som klageren i forvejen rådede over, og klageren kunne – såfremt klageren var blevet tildelt rammeaftalen – også have påtaget sig yderligere kontrakter i perioden. Der er derfor intet grundlag for indklagedes indsigelse om reduktion som følge af mulighed for dækningsordrer som følge af ledig kapacitet. Hertil kommer, at klageren ikke uden videre kunne erstatte salget til indklagede med salg til andre kunder. Der er således tale om et marked, hvor etablering af nye kundeforhold kræver en langvarig indsats. Det er således ikke muligt at erstatte det tabte salg til indklagede med lignende andet salg.

Rente

Der kan kræves rente fra det tidspunkt, hvor sagen blev indbragt fra klagenævnet.

Indklagede har gjort gældende:

Forventeligt samlet indkøb

Optionerne, herunder optionsperioden på 1 år skal ikke medregnes ved beregningen af klagerens tab. Der er således ikke på nuværende tidspunkt aktuelle planer om at udnytte optionen på forlængelse i yderligere 1 år. Optioner på forlængelse indgår normalt i indklagedes udbud, men udnyttes ikke nødvendigvis. Om optionen udnyttes, beror blandt andet på prisudviklingen i markedet på det tidspunkt, hvor beslutningen om, hvorvidt der skal forlænges, træffes. Der kan også være opstået et behov for en anden sammen-

sætning af varer, som begrunder, at der skal ske nyt udbud. Desuden vil der skulle tages stilling til, om andre aftaler indgået af f.eks. SKI kan dække behovet. At optioner, som der ikke er truffet beslutning om at udnytte, ikke skal indgå, antages flere steder i litteraturen. Optionen på kvalitetsfundsprojekter er heller ikke besluttet udnyttet og skal allerede af den grund ikke medregnes. Hertil kommer, at det på nuværende tidspunkt ligger fast, at ingen af kvalitetsfundsprojekterne vil være så langt fremskredne inden for kontraktperioden, at de vil være klar til møblering. Optionen kan således ikke udnyttes i praksis.

Indklagede er i øvrigt enig i, at der skal tages udgangspunkt i det indkøb, som angives som det forventelige i udbudsbekendtgørelsen på i alt 90 mio. kr. i rammeaftalens løbetid på 3 år.

Fordeling mellem de tre leverandører

Der skal tages udgangspunkt i fordelingen af ordrer inden for de første 7 måneder af rammeaftalernes løbetid, således at indkøb hos klageren ikke kan antages at ville have været større end det faktiske indkøb hos Kinnarps A/S. Der skal derfor regnes med en fordeling, hvorefter klageren ville have opnået en andel på 10 %.

Klagerens anbringende om en ligelig fordeling af indkøb mellem de tre leverandører stemmer ikke overens med den faktiske fordeling, der har været i perioden efter indgåelsen af rammeaftalerne, hvor [udeladt] % af indkøbene foretages hos Scan Office A/S, som ved evalueringen blev nr. 2, og [udeladt] % købes hos nr. 1 Flexform Stolehuset A/S og de [udeladt] % hos Kinnarps A/S, og hvor Flexform Stolehuset A/S' andel har været stigende, medens Kinnarps A/S' andel har været nogenlunde konstant. Når man ser på evalueringen i evalueringsrapporten, lå de tre tilbudsgivere prismæssigt tæt med Scan Office A/S som den dyreste. Evalueringen af kvalitet og funktionalitet svarer derimod ganske nøje til fordelingen af indkøb i de første 7 måneder. Scan Office A/S fik således den bedste vurdering (3,91 point) fulgt af Flexform Stolehuset A/S (3,61 point) og med Kinnarps A/S (3,24 point) som den dårligste af de tre. Dette viser, at overvejelser om kvalitet og funktionalitet spiller en vigtig rolle for indkøbernes skøn over, hvilke produkter der bedst dækker deres behov. Klagerens tilbud var marginalt billigere end Kinnarps A/S' tilbud men dyrere end Flexform Stolehuset A/S'

tilbud. Vurderingen af klagerens kvalitet og funktionalitet (2,79 point) var en del lavere end Kinnarps A/S' (3,24 point).

Tilbuddene fra Kinnarps A/S og klageren er desuden – i modsætning til, hvad klageren gør gældende – ret sammenlignelige. En sammenligning af de tilbud, som Kinnarps A/S og klageren har givet på det udbudte standard-sortiment, viser således:

- Hæve-/sænkeborde:
De tilbudte borde fra de fire tilbudsgivere er stort set kompatible. Derfor kan det salg, som Kinnarps A/S har haft, overføres til klageren, også henset til, at der på to ud af fire positioner er tæt prismæssigt sammenfald mellem de tilbudte produkter fra klageren og Kinnarps, mens de hver især er henholdsvis dyrere og billigere end den anden på de to øvrige positioner.
- Kontorstole:
Klageren er i lighed med Kinnarps A/S egenproducerende på kontorstole og reoler. Man må antage, at de indkøbere, der indkøber stole/reoler hos Kinnarps A/S, også ville være tilbøjelige til at anskaffe klagerens stole/reoler. Indkøberne vil dog foretrække de mere kendte reol brands fra standardsortimentet hos Scan Office A/S eller Flexform Stolehuset A/S.
- Mødeborde, mødestole (stabelbare og polstrede) og vente- og hvilestol:
Behov/design spiller en stor rolle for indkøbernes beslutning. Henset til den dårlige bedømmelse af klagerens kvalitet/funktionalitet må det antages, at der ville blive købt færre af denne type møbler hos klageren end hos Kinnarps A/S.
- Whiteboard og glastavler:
Her har alle tilbudt nogenlunde samme produkter, hvorfor køb må formodes at ske hos den billigste.

Det er på den baggrund sandsynligt, at klageren ikke ville have opnået en højere andel af ordrer, som tildeles direkte, end Kinnarps A/S. Andelen ville sandsynligvis snarere have været lavere henset til evalueringsresultatet vedrørende kvalitet og funktionalitet, hvor klageren fik en betydeligt ringe-

re bedømmelse end både Kinnarps A/S og de to andre virksomheder, som fik tildelt kontrakt.

For så vidt angår miniudbud er der ikke grundlag for at antage, at klageren ville have vundet mere end 10 %-af indkøb tildelt ved miniudbud. Klagerens sandsynlige andel af indkøb i rammeaftalens løbetid kan derfor ikke fastsættes til mere end 10 % af det samlede forventelige indkøb.

Klagerens anbringende om en ligelig fordeling af indkøb mellem de tre leverandører stemmer i øvrigt heller ikke overens med klagerens anbringende om betydningen af den indledende introduktionsperiode.

Dækningsbidrag

Den dækningsgrad, som klageren gør gældende, skal lægges til grund på [udeladt] %, er urealistisk. Der skal i stedet tages udgangspunkt i en forventelig dækningsgrad på 8 %.

Der er ikke i revisorerklæringen nogen definition af »det offentlige segment«. Klagerens oplysninger om, at der hovedsageligt er tale om sammenlignelige leverancer til Region Midtjylland og SKI er helt udokumenterede. Ej heller angives fordelingen mellem standardkontorvarer (borde og stole) hvor konkurrencen er meget hård og øvrigt sortiment, hvor fortjenesten traditionelt er noget større. Klageren har desuden oplyst normalt at have et betydeligt salg »ved siden af« de konkurrenceudsatte leverancer, som direkte omfattes af de aftaler, klageren har vundet ved udbud. Avancen på sådant salg, der også må indgå i salget til det offentlige segment, må antages at være betydeligt større end avancen på varer, hvor der, som tilfældet er her, har været en konkurrenceudsættelse. Indklagede kan til opfyldelse af klagerens opfordring om at oplyse, om der har fundet tilsvarende supplerende salg sted fra de tre rammeaftaleindehavere til indklagede oplyse: »I RH's udbud indgik produkter med forventet mængde på tilbudslisten samt produkter fra "øvrige sortiment". Salg udover dette er ikke RH bekendt.« Indklagede har desuden anført, at det henset til mængden af produkter i kategorien »Øvrigt Sortiment« er usandsynligt, at der er noget salg af betydning »ved siden af« rammeaftalen, og at indklagede ikke i praksis har mulighed for minutiøst at afdække omfanget af køb af »Øvrigt Sortiment« og »ved siden af« af rammeaftalen.

Det er desuden direkte misvisende, at der ved beregningen af gennemsnitlig dækningsgrad ved salg til »det offentlige segment« i revisorerklæringen ikke er medtaget dækningsgrad på den store sammenlignelige kontrakt med Moderniseringsstyrelsen. At produkterne omfattet af aftalen med Moderniseringsstyrelsen er sammenlignelige med produkterne i nærværende rammeaftale fremgår af www.statensindkoeb.dk, jf. også den fremlagte vejledning. Heraf fremgår, at der er indgået kontrakt med 3 leverandører herunder klageren, og at sortimentet omfatter otte produktgrupper, tilbehør og service i form af:

- El-drevne arbejdsborde (4 størrelser / 3 materialekategorier)
- Mødeborde (4 størrelser / 3 materialekategorier)
- Kontorarbejdsstole (2 typer / 3 farver)
- Mødestole (3 typer / 3 farver)
- Opbevaringsmøbler (8 typer / 3 materialekategorier / 3 farver)
- Kantineborde (3 typer, flere størrelser / 3 farver)
- Kantinestole (4 typer / 4 farver)
- Øvrige produkter: Skærmvægge, stumtjener, café-bord og -stol, skrivebordslampe
- Diverse tilbehør og reservedele
- Service: Levering, montering, reparation, rådgivning og prøveopstilling

Den ikke udfyldte tilbudsliste, klageren har fremlagt, dokumenterer ikke, at der er tale om specialfremstillede produkter. De produktnumre, der fremgår af listen, synes således at være Moderniseringsstyrelsen egne numre til brug for udbuddet.

Den i revisorerklæringen foretagne sammenligning af produkter og på den baggrund kalkulerede dækningsgrad er således ubrugelig som dokumentation for erstatningskravet.

At klageren har valgt kun at fremlægge gennemsnitstal frem for den konkrete kalkulation vedrørende nærværende udbud er desuden påfaldende, og må bevismæssigt komme klageren til skade.

Den påståede dækningsgrad på [udeladt] % stemmer heller ikke overens med de oplysninger, som indklagede er i besiddelse af om den konkrete dækningsgrad, to andre tilbudsgivere har kalkuleret med i relation til det konkrete udbud, og forekommer heller ikke sandsynlig henset til, at der er tale om et udbud af en stor og attraktiv kontrakt med skarp konkurrence

mellem tilbudsgiverne. At der har været en hård konkurrence på pris, viser de ret ens lave priser, der er budt ind med.

Fra de regnskabstal og oplysninger om dækningsgrad, som fremgår af revisorerklæringen, skal der i øvrigt også fra den bruttofortjeneste I med fradrag vedrørende »Salg, andet« og »Faktureret fragt om montering«, som klageren tager udgangspunkt i, fradrages de omkostninger, klageren ifølge rammeaftalen skulle afholde/bære risikoen for i form af: konsulentbistand, arkitektbistand, udarbejdelse af interne kataloger mv., service og support, levering frit på indklagedes adresser, håndtering af ordrer, fakturering, reklamationer mv. og kvartalsstatistik. Disse omkostninger må således anses for variable. Uanset om der var ledig kapacitet i form af fastansat personale, som kunne udføre opgaverne – og omkostningerne dermed ansues som faste – er det uantageligt, at en så stor ledig overkapacitet opretholdes, når klageren ikke får opgaven. Hvis der ikke er tale om variable omkostninger i den forstand, at klageren skulle ansætte yderligere medarbejdere mv., følger det af klagerens almindelige tabsbegrænsningspligt, at klageren skal skille sig af med den betydelige overkapacitet, klageren har. For så vidt angår levering er det ligeledes usandsynligt, at klageren ikke skulle kunne frigøre sig fra indgåede ansættelsesaftaler med chauffører og leasingaftaler vedrørende biler, hvis der er tale om ledig overkapacitet. Det følger også her af klagerens almindelige tabsbegrænsningspligt, at klageren er forpligtet hertil. Under alle omstændigheder er der også en besparelse vedrørende brændstof.

Desuden skal der ske fradrag af udgifter afhjælpning, omlevering, reparation af mangler og betaling af erstatning for skader og for misligholdelse af kontrakt. Klagerens udsagn om ikke at have udgifter hertil, fordi sådanne krav undtagelsesfrit dækkes af klagerens leverandør eller forsikring, gælder ikke for fejl og mangler, der er forårsaget af indklagedes personale og har i øvrigt, henset til klagerens oplysning om en betydelig andel af egenproducerede møbler formodningen i mod sig.

Der er derfor ikke grundlag for at beregne et erstatningsgrad på grundlag af en dækningsgrad på mere end 8 %.

Kapacitetsfradrag

Såfremt klagenævnet er enig med indklagede i, at klagerens omsætning på kontrakten i de 3 år, rammeaftalen skulle løbe, ikke ville udgøre mere end 9

mio. kr., er indklagede enig i, at klageren henset til størrelsen af sin organisation ville have kunnet udføre opgaven sideløbende med opgaver til anden side, og der således ikke skal foretages yderligere fradrag ud fra et synspunkt om adgang til at udføre opgaver til anden side som følge af den mistede kontrakt.

Hvis klagenævnet derimod følger klagerens anbringende om, at klageren skulle have håndteret en omsætning på 40 mio. kr. i kontraktperioden inklusiv forlængelse, må det antages, at leverancer i en sådan størrelsesorden med tilhørende variable ydelser og risici ville lægge beslag på en så væsentlig del af klagerens organisation, at klageren ikke både kunne have leveret i henhold til rammeaftalen og leveret til anden side. I så fald skal der foretages et skønsmæssigt fradrag for dækningsbidrag opnået ved udførelse af opgaver til anden side.

Rente

Kravet kan ikke kræves forrentet fra et tidligere tidspunkt end fremsættelsen af erstatningskravet.

Klagenævnet udtaler:

Parterne er for klagenævnet enige om, at der er handlet ansvarspådragende, og at det kan lægges til grund, at klageren skulle have haft tildelt den tredje rammeaftale. Spørgsmålet er således alene, i) om klageren har tilsidesat sin tabsbegrænsningspligt ved ikke at tage imod indklagedes tilbud om at få kontrakten tildelt med virkning fra den 1. marts 2014, og ii) hvordan tabet skal opgøres.

Ad i) tabsbegrænsningspligt

Udbuddet blev afsluttet i foråret 2013 med indklagedes tildelingsbeslutning af 10. april 2013 og med indgåelsen af kontrakt med Kinnarps A/S, Scan Office A/S og Flexform Stolehuset A/S, efter at klagenævnet den 21. maj 2013 havde afsagt delkendelse vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning. For så vidt som vedståelsesfristen på seks måneder fortsat måtte være bindende for klageren efter indklagedes indgåelse af kontrakt, er fristen udløbet den 5. oktober 2013.

Uden for tilfælde som dem, der nævnes i forslaget til nyt udbudsdirektiv artikel 72, stk. 1, litra d, jf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, er det tvivlsomt, om en ordregiver, efter at kontrakt er indgået, lovligt kan omgøre tildelingen og indgå ny kontrakt med en anden leverandør end den oprindelige uden nyt udbud, idet et udbud under normale omstændigheder må anses for afsluttet, når kontrakt er indgået. Det gælder så meget desto mere, når der, som tilfældet er her, er gået ganske langt tid, siden kontrakt blev indgået.

Under de foreliggende omstændigheder har klageren ikke været forpligtet til at modtage indklagedes tilbud om at få den tredje rammeaftale tildelt med virkning fra den 1. marts 2014.

Ad ii) opgørelse af erstatningskravet

Det er ikke på nuværende tidspunkt klart, om indklagede vil udnytte optionen på forlængelse af den 3-årige rammeaftale med 1 år, og der er derfor ikke grundlag for at lade optionen indgå i opgørelsen af erstatningskravet.

Grundlaget for beregningen af erstatningskravet er herefter de 90 mio. kr., som i udbudsbekendtgørelsen angives som det forventelige indkøb i de 3-årige rammeaftalers ordinære løbetid.

For så vidt angår fordelingen mellem de tre leverandører har Scan Office A/S, hvis tilbud fik den bedste bedømmelse på det kvalitative kriterium »kvalitet og funktionalitet«, fået tildelt hovedparten af leverancerne i den forløbne kontraktperiode, medens Kinnarps A/S, som er den af de tre leverandører, der fik den ringeste bedømmelse af de tre på kvalitets- og funktionalitetskriteriet (men dog bedre end bedømmelsen af klagerens tilbud), har opnået færrest ordrer.

Der er på den baggrund ikke grundlag for at antage, at klageren ville have opnået en andel af ordrerne ved direkte tildeling og miniudbud, som væsentligt overstiger den andel, Kinnarps A/S har opnået. Det er herved taget i betragtning, at risikoen for, at klageren ville få medhold i klagen, og kendelsen af 24. oktober 2013, hvor klageren fik medhold, kan have haft en vis negativ betydning for indklagedes tildeling af ordrer til Kinnarps A/S.

For så vidt angår dækningsgraden har klageren påberåbt sig generelle gennemsnitstal om dækningsgrad. De oplyste dækningsgrader dækker både leverancer i henhold til udbudte rammeaftaler og ikke konkurrenceudsatte leverancer »ved siden af« rammeaftalerne. Klageren har derimod ikke fremlagt oplysninger, der belyser den forventelige dækningsgrad ved det aktuelle udbud, herunder eksempelvis oplysning om forholdet mellem indkøbspris og tilbudt pris for de enkelte tilbudte varenumre. På den baggrund og efter det i øvrigt oplyste, herunder oplysningerne om to andre tilbudsgiveres dækningsgrad sammenholdt med den konkurrencesituation, der har været tale om, og oplysningerne om de tilbudte priser under udbuddet, finder klagenævnet det ikke bevist, at klageren ville have kunnet opnå en dækningsgrad i den påståede størrelsesorden. Der skal desuden foretages et vist fradrag vedrørende sparede udgifter til de konsulent- og leveringsydelser mv., som klageren skulle levere vederlagsfrit i henhold til kontrakten. Det fastansatte personale og de langtidsleasede biler, klageren regnede med at anvende, må således i løbet af den 3-årige periode, hvor rammeaftalen skulle løbe, kunne anvendes til andre opgaver, som ikke ellers ville have kunnet løses med den bestående kapacitet. Alternativt må klageren antages at kunne tilpasse sin organisation, ligesom klageren, jf. det i erklæringen af 13. marts 2014 oplyste, i så fald vil få tilbagebetalt en del af betalingen til leasingselskabet ved leasingaftalens ophør. Det skal tillige tages i betragtning, at klageren undgår risikoen for ansvar for forsinkelse, mangler mv.

Erstatningen til klageren fastsættes herefter skønsmæssigt til 1.250.000 kr. som forrentes fra tidspunktet for indgivelsen af erstatningskravet til klagenævnet den 12. december 2013.

Der er ved fastsættelsen af de yderligere tilkendte sagsomkostninger på 35.000 kr. taget hensyn til størrelsen af det vundne beløb samt omfanget af skriftvekslingen vedrørende erstatningsspørgsmålet. Det bemærkes, at det beløbsmæssigt betydeligt større krav, som klageren har fremsat, ikke kan antages at have medført et merarbejde for indklagede, som kan begrunde en reduktion i sagsomkostningerne. Omkostningerne til indhentelse af den fremlagte revisorerklæring er taget i betragtning, men er – svarende til praksis vedrørende advokatbistand i sager for klagenævnet – ikke dækket med det et beløb, der svarer til den faktiske udgift.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Region Hovedstaden, skal til klageren, EFG Bondo A/S, betale 1.250.000 kr. med procesrente fra den 12. december 2013.

Indklagede skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 35.000 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 håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 8, stk. 1.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig