

K E N D E L S E

Lekolar LEIKA A/S
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

mod

KomUdbud v/ Randers Kommune
(advokat Thomas Thorup Larsen og
advokat Cecilie Hald Andersen, København)

Den 5. juli 2016 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne påstand 1 - 6. Lekolar LEIKA A/S (herefter Lekolar), der ved klagens modtagelse tog forbehold om at nedlægge påstand om erstatning, nedlagde den 3. august 2016 påstand om erstatning. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Lekolar har nedlagt følgende påstand:

”KomUdbud [v/ Randers Kommune (herefter KomUdbud)] tilpligtes til Lekolar at betale 158.803,70 kr., subsidiært et af klagenævnet fastsat mindre beløb, med tillæg af procesrente fra klagens indgivelse den 11. februar 2016, subsidiært forrentet fra et senere tidspunkt.”

KomUdbud har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et beløb, som er mindre end 158.803,70 kr.

Lekolar har opgjort sit krav som den negative kontraktsinteresse således:

Spørgemøde samt besigtigelse af case i Århus

- Gennemlæsning af materiale (5,00 timer x 600 kr.)	3.000,00 kr.
- Møde i Århus (forberedelse og deltagelse) (10,00 timer x 600 kr.)	6.000,00 kr.
- Transport/bro (2 x 240 kr.)	480,00 kr.
- Transport/kørsel (600,00 km x 3,70 kr.)	<u>2.220,00 kr.</u>
	11.700,00 kr.

Udarbejdelse af tilbud

- Gennemlæsning (10,00 timer x 600 kr.)	6.000,00 kr.
- Udarbejdelse af tilbud (40,00 timer x 600 kr.)	24.000,00 kr.
- Case (tegning og beskrivelse) (75,00 timer x 600 kr.)	45.000,00 kr.
- Konsulent (40,00 timer x 600 kr.)	<u>24.000,00 kr.</u>
	99.000,00 kr.

Prøvemøbler

- Værdi	17.303,70 kr.
- Transport til/fra Aarhus (2 x 4.500 kr.)	<u>9.000,00 kr.</u>
	26.303,70 kr.

Case

- Præsentation Aarhus (2 medarbejdere og 1 konsulent) (30 timer x 600 kr.)	18.000,00 kr.
- Materialer til præsentation	1.100,00 kr.
- Transport/bro (2 x 240 kr.)	480,00 kr.
- Transport/kørsel (600 km x 3,70 kr.)	<u>2.220,00 kr.</u>
	21.800,00 kr.
I alt	158.803,70 kr.

KomUdbud har størrelsesmæssigt bestridt samtlige poster i Lekolars opgørelse og har gjort gældende, at tabet er udokumenteret.

Ad ansvarsgrundlaget:

Ved kendelsen af 5. juli 2016 konstaterede klagenævnet, at KomUdbud under udbuddet havde overtrådt EU-udbudsreglerne således:

”Ad påstand nr. 2

KomUdbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, samt udbudsdirektivets artikel 53 ved i forhold til underkriteriet ”Pris” at have anvendt en evalueringsmodel, som ikke er egnet til at identificere ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Ad påstand nr. 2a

KomUdbud har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke på forhånd at have offentliggjort sin evalueringsmetode for underkriteriet ”Pris”, idet den valgte evalueringsmetode er usædvanlig og ikke kunne forudses af tilbudsgiverne.

Ad påstand nr. 5

KomUdbud har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, ved i sin underretning ikke at give en begrundelse for beslutningen.

Ad påstand nr. 6

KomUdbuds beslutning af 1. februar 2016 om at tildele den udbudte rammeaftale til Kompan A/S, Max Horsens A/S og Uniqa A/S annulleres.”

Lekolar har gjort gældende, at KomUdbud ved de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at KomUdbud efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Lekolar, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at blive tildelt en af de tre kontrakter.

KomUdbud har bestridt, at de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne indebærer, at KomUdbud efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Lekolar.

Ad årsagssammenhæng:

Lekolar har nærmere anført, at KomUdbud handlede ansvarspådragende i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud ved som fastslået af klagenævnet at anvende en ikke offentliggjort og usædvanlig evalueringsmetode.

Lekolar var ikke forud for tilbudsafgivelsen bekendt med de ansvarspådragende fejl, som KomUdbud begik i forbindelse med evalueringen, idet overtrædelsen fandt sted efter tilbudsfristens udløb.

Lekolar indrettede sit tilbud i tillid til, at KomUdbud ville overholde den evalueringsmetode, som var beskrevet i udbudsmaterialet. Ved ikke at offentliggøre den faktiske anvendte evalueringsmetode fratog KomUdbud Lekolar muligheden for at udforme sit tilbud med henblik på at få den bedst mulige evaluering. Overtrædelsen påvirkede Lekolars mulighed for at blive tildelt en af de tre primære kontrakter. Lekolar må derfor betragtes som en forbigået tilbudsgiver på trods af, at Lekolar blev tildelt den fjerde hvilende kontrakt, idet Lekolar ifølge klagenævnets afgørelse ”hverken har forpligtelser eller rettigheder i henhold til rammeaftalen, før ordregiver anmoder herom.”

Lekolar har gjort gældende, at det må antages, at virksomheden havde en reel mulighed for at blive tildelt en af de tre primære kontrakter, såfremt KomUdbud ikke havde begået fejl i forbindelse med evalueringen af tilbuddene.

KomUdbuds overtrædelser har efter det anførte medført, at Lekolar har lidt et tab, som kan opgøres til omkostningerne ved at afgive tilbud, hvorfor betingelsen om årsagssammenhæng er opfyldt.

Ved udbuddet med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse oplyste KomUdbud tilbudsgiverne om, at de modtagne tilbud, som opfyldte udvælgelseskriterierne, ved det oprindelige udbud alle ville være omfattet. Det blev samtidigt oplyst, at ”det allerede afgivne tilbud samt de efterfølgende fremsendte oplysninger” ville blive lagt til grund for evalueringen. KomUdbud inddrog ved evalueringen af tilbuddene således det fulde tilbudsmateriale, som oprindeligt var indleveret af tilbudsgiverne til brug for et annulleret udbud. KomUdbud valgte, at tilbudsgiverne ikke skulle afleve-

re nye tilbud, hvorfor de tilbudsomkostninger, Lekolar anvendte i forbindelse med udarbejdelsen af det oprindelige tilbud, ligeledes er en del af Lekolars tab.

KomUdbud har gjort gældende, at de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne ikke indebærer, at KomUdbud efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Lekolar, da der ikke er årsagssammenhæng.

Lekolar var inden afgivelsen af sit tilbud bekendt med, at evalueringsmetoden ikke var offentliggjort. Den manglende offentliggørelse af den anvendte evalueringsmetode kan derfor ikke have virket bestemmende på Lekolars afgivelse af tilbuddet. Risikoen for, at Lekolar forventede en given evalueringsmetode ud fra det offentliggjorte udbudsmateriale, påhviler ikke KomUdbud.

Posterne i Lekolars opgørelse må anses som tilknyttet tilbudsafgivelsen vedrørende det oprindelige udbud, som KomUdbud annullerede. Dette forhold indebærer, at der ikke er årsagssammenhæng mellem de forhold, som Lekolar har fået medhold i ved kendelsen af 5. juli 2016, og de afholdte udgifter. Udgifterne blev alene afholdt forgæves, fordi Lekolar afgav et ukonditionsmæssigt tilbud, som ikke lovligt kunne tages i betragtning i forbindelse med det oprindelige udbud. Lekolar har derfor ikke lidt et tab i relation til det påklagede udbud med forhandling.

Lekolar skal ikke anses som en forbigået tilbudsgiver, da Lekolar blev tildelt den fjerde, hvilende kontrakt. Lekolar har ikke løftet bevisbyrden for, at dette forhold er uden værdi, og udgifterne ved at afgive tilbud er derfor ikke afholdt forgæves.

Ad erstatningens opgørelse:

Lekolar har gjort gældende, at virksomheden har krav på at få dækket sit tab for forgæves afholdte udgifter i forbindelse med afgivelse af tilbud under tilbuddet. Lekolar har således krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse.

Der er i opgørelsen af erstatningskravet redegjort for, hvorledes kravet skal opgøres. Lekolar har om sin bevisbyrde henvist til klagenævnets kendelse af 22. november 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told- og Skattestyrrelsen.

Lekolar har anført, at en ikke ubetydelig del af tilbudsomkostningerne er afholdt efter overgangen til udbud med forhandling. Det drejer sig om udgifter forbundet med forberedelse og deltagelse i en case-præsentation og udgifter i forbindelse med aflevering af prøvemøbler. Et samlet beløb på i alt 48.103,70 kr. er således ubetinget afholdt under det efterfølgende udbud med forhandling. Lekolar har henvist til den tidsplan, som er indeholdt i udbudsbetingelserne, hvori det fremgår, at de to ovenstående aktiviteter tidsmæssigt ligger efter KomUdbuds beslutning om at overgå til udbud med forhandling. Lekolar har yderligere bemærket, at prøvemøblerne er usælgelige som følge af KomUdbuds afprøvning af dem.

KomUdbud har gjort gældende, at Lekolars opgørelse af erstatningskravet alene vedrører det oprindelige udbud, som KomUdbud annullerede. Lekolar har ikke redegjort for det betydelige antal timer, der blev anvendt i forbindelse med det efterfølgende påklagede udbud. Lekolars afgivelse af tilbud i forbindelse med det efterfølgende udbud bestod alene i at afsende en mail til KomUdbud. Erstatningskravet bør derfor opgøres til 0 kr. Det forhold, at det tidligere på det oprindelige udbud udførte arbejde i forbindelse med Lekolars tilbudsafgivelse kunne genbruges i det efterfølgende udbud, ændrer ikke herpå.

KomUdbud har yderligere gjort gældende, at Lekolar ikke er fremkommet med dokumentation for opgørelsen af erstatningskravet med undtagelse af en faktura, som angiver nyværdien af prøvemøblerne. KomUdbud har samtidig bestridt, at Lekolar helt eller delvist er berettiget til erstatning herfor, idet Lekolar har beholdt prøvemøblerne. KomUdbud har henvist til klagenævnets kendelse af 12. januar 2009, Jysk Erhvervsbeklædning ApS mod Hjørring Kommune. Lekolar leverede i øvrigt møbler, der ikke svarede til tilbudslistens krav, hvorfor der ikke påhviler KomUdbud et erstatningsansvar for disse møbler.

Såfremt klagenævnet finder, at Lekolar er berettiget til erstatning, har KomUdbud gjort gældende, at erstatningen skal nedsættes. Lekolar har ikke dokumenteret kravet størrelse, og det opgjorte beløb forekommer uforholdsmæssigt højt. Det er herunder navnlig gjort gældende, at lønudgifter

på 99.000 kr. for udarbejdelse af tilbud er ikke proportionalt. Lekolar har anvendt en timesats på 600 kr. for interne medarbejdere. Henset til udbuddets kompleksitet og det udarbejdede tilbudsmateriale er der en klar formodning for, at beløbet ikke stemmer overens med de faktisk afholdte udgifter. Beløbet bør derfor nedsættes til et af klagenævnet skønsmæssigt fastsat mindre beløb.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

KomUdbud har ved overtrædelserne af udbudsdirektivet, som klagenævnet har konstateret ved kendelsen af 5. juli 2016, vedrørende påstand 2 og 2a, handlet på en sådan måde, at KomUdbud er erstatningsansvarlig over for Lekolar. Det forhold, at Lekolar blev tildelt den fjerde hvilende kontrakt, ændrer ikke herpå, idet KomUdbud ikke er forpligtet til at udnytte denne kontrakt.

Ad erstatningskravet:

Det er afgørende for, om KomUdbud skal godtgøre Lekolar virksomhedens tab, hvorvidt Lekolar på tidspunktet for udarbejdelsen af tilbuddet var eller burde være bekendt med KomUdbuds overtrædelser. Der er hverken grundlag for at antage, at Lekolar har været bekendt med overtrædelserne forinden tilbudsafgivelsen eller burde være bekendt hermed, da det fremgår af klagenævnets kendelse af 5. juli 2016, at den anvendte evalueringsmetode var usædvanlig og ikke kunne forudses af tilbudsgiverne. Dermed foreligger der den fornødne årsagsforbindelse mellem KomUdbuds overtrædelser og Lekolars tab i form af afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbuddet, herunder udgifter i henhold til udarbejdelsen af det oprindelige tilbud, da KomUdbud ved evalueringen af tilbuddene inddrog det fulde tilbudsmateriale, der oprindeligt vedrørte det annullerede udbud.

Der ikke tilstrækkelig dokumentation for den anvendte timesats på 600 kr. Der foreligger heller ikke dokumentation på det opgjorte timeforbrug, og det er ikke oplyst, hvordan timeforbruget er opgjort. Det fremgår af opgørelsen af tabet, at der er anvendt den samme timetakst for interne medarbejdere og for konsulenter, hvorfor det lægges til grund, at Lekolars egne fak-

tureringspriser er anvendt i opgørelsen. Klagenævnet har derfor fastsat denne del af erstatningen skønsmæssigt.

Lekolar har ikke godtgjort at være berettiget til erstatning for de afholdte udgifter til prøvemøbler, idet prøvemøblerne fortsat er i Lekolars besiddelse, og Lekolar har i øvrigt ikke dokumenteret en værdiforringelse af prøvemøblerne.

Klagenævnet fastsætter på den baggrund erstatningen skønsmæssigt til i alt 50.000 kr.

Påstanden om erstatning er nedlagt den 3. august 2016. Kravet forrentes derfor fra dette tidspunkt.

Herefter bestemmes:

KomUdbud skal til Lekolar betale 50.000 kr. med procesrente fra den 3. august 2016.

KomUdbud skal i yderligere sagsomkostninger til Lekolar betale 10.000 kr.

Beløbene skal betales inden 8 uger efter, at denne afgørelse er meddelt parterne.

KomUdbuds 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. 1.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Jeanne Schou
specialkonsulent