

K E N D E L S E

Marius Pedersen A/S  
(Steen Jensen, Fredericia)

mod

Aalborg Kommune, Forsyningsvirksomhederne,  
Renovationsvæsenet  
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Den 8. juni 2012 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1 og 5 - 6. Klagenævnet tog ikke stilling til påstand 2 - 4. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens erstatningspåstand, påstand 7, indtil klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden.

Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klagenævnet har forstået klagerens erstatningspåstand, påstand 7, således, at den angår både klagerens positive opfyldelsesinteresse og negative kontraktinteresse. Klagenævnet har herefter opdelt påstanden i 2 påstande, således:

Påstand 7

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.501.319,79 kr. eksklusive moms.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 91.050 kr. eksklusive moms.

Beløbet i påstand 7 angår klagerens positive opfyldelsesinteresse, og beløbet i påstand 8 angår klagerens negative kontraktinteresse.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 7 således (jf. sagens bilag 2):

Avance 8,24 % pr. år på kontrakten	500.439,93	kr.
Den samlede avance under delaftalens løbetid (3 x 500.439,93 kr.)	1.501.319,79	kr.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 8 således (jf. sagens bilag 1):

a. Lønudgifter	56.100	kr.
b. Kontorudgifter (papir, kopiering, telefoni, m.m.)	2.000	kr.
c. Andel af administration, overhead	30.000	kr.
d. Kørselsudgifter	2.950	kr.
I alt	91.050	kr.

Indklagede har størrelsesmæssigt bestridt samtlige poster i klagerens opgørelser og har bemærket, at tabet er udokumenteret.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 8. juni 2012 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt udbudsreglerne således:

»Ad påstand 1

Indklagede, Aalborg Kommune, Forsyningsvirksomhederne, Renovationsvæsnet, har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at fastsætte underkriteriet C. »Tilbudt organisation«, herunder at anvende delkriterier som »Organisationens egnethed« og »Kvalifikationer for [den] kontraktansvarlige og [den] daglige leder«, uanset underkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvorved indklagede anvendte et ulovligt tildelingskriterium og derved tildelte kontrakten på et ulovligt grundlag.«

Klagenævnet udtalte i kendelsen af 8. juni 2012, at den overtrædelse, der var konstateret ad påstand 1, medførte, at udbudsbetingelserne ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Klagenævnet tog herefter klagerens påstand om annullation af indklagedes tildelingsbeslutning til følge. Da klagenævnet ikke kan påbyde ordregiver at udbyde kontrakten på ny, tog klagenævnet ikke påstanden om lovliggørelse til følge.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den pågældende overtrædelse af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

Indklagede har gjort gældende, at den pågældende overtrædelse af udbudsreglerne ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har nærmere anført, at indklagedes anvendelse af underkriteriet »Tilbudt organisation« tidligere er blevet vurderet af klagenævnet som værende et lovligt underkriterium i udbud af denne karakter, hvor kriteriet er knyttet til kontraktens genstand. Indklagede har således blot fulgt en sædvanlig praksis, der indtil kendelsen af 8. juni 2012 havde været godkendt af klagenævnet. Det følger heraf, at indklagede ikke har handlet ansvarspådragende over for klageren.

#### Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende påstand 7 gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne, ville have fået delaftalen om indsamling af dagrenovation i distrikt 3 i Aalborg Kommune, eller at det i hvert fald er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået delaftalen. Klageren har derfor krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren har nærmere anført, at der reelt efter klagenævnets kendelse af 8. juni 2012 var tale om en ren priskonkurrence, hvorfor indklagede skulle have tildelt kontrakten til klageren, som var lavestbydende. Som lavestbydende ville klageren således have fået kontrakten, hvis indklagede havde foretaget en objektiv, professionel og kvalificeret vurdering efter de kvalitative kriterier, da den vindende tilbudsgiver og klageren så ville have opnået lige

mange point, hvorefter prisen ville have været afgørende. Klageren har desuden anført, at det er overvejende sandsynligt, at klageren også ville have fået kontrakten, hvis indklagede havde anvendt et lovligt underkriterium om service og kvalitet. I den forbindelse har klageren henvist til, at klageren har haft den pågældende opgave i adskillige år tillige i andre distrikter i Aalborg Kommune. Samarbejdet med Aalborg Kommune har været og er stadig upåklageligt. Endelig har klageren oparbejdet en stor ekspertise og erfaring inden for affaldshåndtering.

Klageren har vedrørende påstand 8 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab vedrørende forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden under udbuddet afgav tilbud. Klageren har derfor krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse.

Klageren har nærmere anført, at underkriteriet »Tilbudt organisation«, som var beskrevet i udbudsbetingelserne, ikke var så åbenbart ulovligt, at det burde have været klart for klageren, at omkostningerne ved afgivelse af tilbud kunne vise sig at blive forgæves. Det har således ikke været klart for klageren, at der var tale om et ulovligt underkriterium af så væsentligt betydning, at udbuddet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling. Klageren har således ikke accepteret nogen risiko for forgæves afholdte udgifter.

Indklagede har vedrørende påstand 7 gjort gældende, at klageren ikke har godtgjort eller sandsynliggjort, at klageren, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået kontrakten, og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse.

Indklagede har nærmere anført bl.a., at indklagedes udbud ikke kunne danne grundlag for en lovlig kontrakttildeling og dermed heller ikke for tildeling af kontrakten til klageren. Desuden kan ordregiveren ikke efter tilbudsafgivelsen ændre tildelingskriteriet eller underkriterierne hertil, herunder således at tildelingskriteriet ændres til laveste pris, eller et eller flere af underkriterierne fravælges. Derimod er ordregiveren forpligtet til at fastholde de fastsatte kriterier igennem hele udbudsprocessen. Klageren kunne således ikke på grundlag af udbuddet lovligt udpeges som vinder af kontrakten. Hertil kommer, at indklagede som følge af fejlen lovligt kunne have annulleret udbuddet selv. For øvrigt ville klagerens tilbud alene have været det tredje bedste tilbud ved en evaluering, hvor der bortses fra underkriteriet

»Tilbudt organisation« og alene evalueres på den tilbudte pris og de tilbageværende 3 kvalitative underkriterier.

Indklagede har vedrørende påstand 8 gjort gældende, at klageren, da klageren afgav tilbud, var fuldt ud bekendt med de underkriterier, som indklagede ville benytte ved evalueringen af tilbuddene. Klageren var derfor – eller burde derfor have været – bekendt med, at der forelå en overtrædelse af udbudsdirektivet, og i den forbindelse at udbuddet ikke kunne danne grundlag for en lovlig kontrakttildeling. Indklagede har videre anført, at eftersom klageren uanset denne viden eller burde-viden valgte at afgive tilbud, er der ikke årsagsforbindelse mellem indklagedes tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og klagerens forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af sit tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 8. juni 2012 konstaterede klagenævnet, at udbudsbetingelserne indeholdt en væsentlig fejl. Indklagede har ved at begå denne fejl handlet ansvarspådragende over for klageren.

Ad erstatningskravet:

De fastsatte udbudsbetingelser vedrørende affaldshåndtering kunne efter karakteren af overtrædelsen ad påstand 1 ikke danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Indklagede kunne heller ikke uden at overtræde artikel 53 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i artikel 2 i udbudsdirektivet træffe sin beslutning alene ved anvendelse af de resterende lovlige underkriterier, da dette ville indebære en ændring af de for udbuddets udfald helt centrale underkriterier og deres indbyrdes vægtning. Da indklagede således ikke lovligt kunne tildele kontrakten på grundlag af det gennemførte udbud, er der ikke grundlag for at tilkende klageren erstatning opgjort efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse.

Indklagede frifindes derfor for påstand 7.

Det forhold, som medførte, at klagenævnet ved kendelsen af 8. juni 2012 konstaterede, at indklagede havde overtrådt udbudsreglerne, var tydeligt be-

skrevet i udbudsbetingelserne. Efter karakteren af den konstaterede overtrædelse ad påstand 1 lægger klagenævnet til grund, at klageren ved afgivelsen af tilbuddet enten var eller burde have været bekendt med de forhold, der udgjorde denne overtrædelse. Der er således ikke årsagsforbindelse mellem overtrædelsen ad påstand 1 og klagerens forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbud. Indklagede frifindes derfor ligeledes for klagerens påstand om negativ kontraktinteresse.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Aalborg Kommune, Forsyningsvirksomhederne, Renovationsvæsenet, frifindes.

Indklagede skal ikke betale yderligere sagsomkostninger til klageren.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi  
fuldmægtig