

K E N D E L S E

RenoNorden A/S
(advokat Torkil Høg, København)

mod

Skive Kommune (Skive Renovation 4-S)
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Den 9. januar 2012 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne 1-3 i denne sag. I kendelsen af 9. januar 2012 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

»Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved under tilbudsevalueringen at anvende en pointmodel vedrørende pris, som ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Indklagedes beslutning af 24. juni 2011 om at indgå kontrakt med Nykøbing Dag- og Industrirenovation v/Bjørn Filtenborg annulleres.«

Indklagede besluttede på ny den 9. februar 2012 at indgå kontrakt med Nykøbing Dag- og Industrirenovation og indgik herefter den 1. marts 2012 kontrakt.

Den 6. marts 2012 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne 4 og 5 i sagen. Klagenævnet tog i kendelsen klagerens påstand om at erklære kontrakten mellem indklagede og Nykøbing Dag- og Industrirenovation for uden virkning i sin helhed til følge og påbød indklagede at bringe kontrakten til ophør senest den 13. marts 2012.

Indklagede har i overensstemmelse med kendelsen af 6. marts 2012 bragt kontrakten med Nykøbing Dag- og Industrirenovation til ophør. Indklagede har endvidere meddelt, at udbuddet er blevet annulleret, og at der vil blive iværksat et nyt udbud vedrørende opgaven.

Klagenævnet havde udskudt behandlingen af klagerens eventuelle påstand om erstatning, indtil klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande.

Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 6

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 6.380.022,41 kr. med procesrente fra den 28. marts 2012 til betaling sker, subsidiært et mindre beløb efter klagenævnets skøn.

Påstand 7 (subsidiær i forhold til påstand 6)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 48.000 kr. med procesrente fra den 28. marts 2012 til betaling sker, subsidiært et mindre beløb efter klagenævnets skøn.

Påstand 6 vedrører erstatning for positiv opfyldelsesinteresse og påstand 7 negativ kontraktinteresse.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 6 på grundlag af beregninger over klagerens realiserede EBT, EBIT og EBITDA i regnskabsåret 2011. EBITDA er opgjort som bruttofortjeneste med fradrag af personaleomkostninger, dvs. svarende til dækningsbidrag. Efter klagerens opgørelse udgjorde EBITDA/dækningsbidrag 15,10 % af omsætningen i 2011. Klagerens tab for positiv opfyldelsesinteresse er opgjort som tabt fortjeneste i entrepriseperiodens normale løbetid (5 år) uden medregning af optioner og ud fra klagers kalkulationer af EBITDA/dækningsbidrag for den pågældende entreprise på 15,63 % af den samlede entreprisensum. Ifølge klageren viser beregningen vedrørende 2011, at en beregnet EBITDA/dækningsbidrag på ca. 15 % af omsætningen er klagerens normale niveau. Det opgjorte tab svarer til, at klageren ved udførelsen af den udbudte opgave ville have opnået et dækningsbidrag, der svarer til det dækningsbidrag, klageren sædvanligvis

opnår ved sine aktiviteter. Det tabte dækningsbidrag er på den baggrund opgjort til 1.276.004,48 kr. pr. år, og dermed et tab i kontraktens løbetid uden optioner på 6.380,022,41 kr.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 7 vedrørende negativ kontraktinteresse som tidsforbrug vedrørende tilbudsafgivelse samt klagesagen og har fremlagt en opgørelse over tidsforbruget. Tidsforbruget er opgjort til 96 timer á 500 kr. i alt 48.000 kr. Heraf vedrører 25 timer »Arbejde med tilbudsevaluering frem til klagesag«, som tidsmæssigt ligger efter »Forsendelse af tilbud« den 30. maj 2011.

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den overtrædelse, der er fastslået i kendelsen af 9. januar 2012 ad påstand 2, har begået forsætlige og grove overtrædelser af udbudsreglerne, som er ansvarspådragende for indklagede. Overtrædelsen var egnet til at medføre og har faktisk medført, at udbuddet fik et forkert udfald, idet Nykøbing Dag- og Industrirenovation fik tildelt flest point ved evalueringen. Endvidere var overtrædelsen af en karakter, der førte til annullation af tildelingsbeslutningen, hvilket i sig selv viser, at overtrædelsen var alvorlig og ansvarspådragende for indklagede.

Klageren har vedrørende den principale påstand 6 gjort gældende, at kravet om årsagsforbindelse er opfyldt i relation til kravet om positiv opfyldelsesinteresse. Det følger af klagenævnets kendelse af 9. januar 2012, at en pointmodel for at være lovlig skulle have ført til en større forskel i pointgivningen for underkriteriet »pris« mellem klageren, der afgav det laveste tilbud, og de øvrige bydende. Klageren ville med overvejende sandsynlighed have vundet udbuddet, hvis indklagede havde anvendt en lovlig pointmodel, der førte til større spredning i pointgivningen for pris, jf. nærmere et fremlagt hjælpebilag med en beregning, der ifølge klageren illustrerer dette. Det overvejende sandsynlige udfald af udbuddet ville have været, at klageren havde vundet, hvis indklagede i udbudsbetingelserne havde fastsat og ved evalueringen havde anvendt en lovlig pointmodel. Henset til den oplyste vægtning af priskriteriet kan det ikke lægges til grund, at de afgivne tilbud, herunder fra Nykøbing Dag- og Industrirenovation, ville have haft et andet indhold, hvis indklagede havde oplyst en anden pointmodel i udbudsbetingelserne. Indklagede kunne og burde senest ved evalueringen af tilbuddene have fastlagt en lovlig pointmodel. I hvert fald burde indklagede efter ken-

delsen af 9. januar 2012 have fastlagt en ny lovlig model og på den baggrund foretaget en fornyet tildeling. Hvis indklagede havde berigtiget fejlen i pointmodellen efter kendelsen af 9. januar 2012 og foretaget en fornyet tildeling på grundlag af en lovlig pointmodel, ville klageren have vundet udbuddet. Der er som følge heraf den fornødne årsagsforbindelse mellem den ansvarspådragende fastsættelse af en ulovlig pointmodel og klagerens tab af fortjeneste ved ikke at være blevet tildelt kontrakten.

Klageren har vedrørende den subsidiære påstand 7 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sine afholdte udgifter ved den forgæves afgivelse af tilbud. Indklagedes anvendelse af en ulovlig evalueringsmodel førte således til, at klageren ikke opnåede den evaluering af sit tilbud, som klageren efter udbudsreglerne havde krav på, og klageren ville ikke have afgivet tilbud, hvis klageren havde vidst, at der ville blive foretaget en ulovlig tilbudsevaluering. Det var ikke ved tilbudsafgivelsen umiddelbart gennemskueligt for klageren, at indklagedes pointmodel var i strid med princippet om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, jf. også det, der er anført herom i klagenævnets kendelse af 6. marts 2012.

Klageren har endvidere anført, at indklagedes yderligere overtrædelse af udbudsreglerne som fastslået i klagenævnets kendelse af 6. marts 2012 indebærer et yderligere selvstændigt ansvarsgrundlag. Klageren ville således ikke have udarbejdet tilbud og afholdt omkostninger dertil, hvis klageren på forhånd havde vidst, at indklagede i strid med klagenævnets kendelse af 9. januar 2012, og uagtet der i denne kendelse skete annullation af tildelingsbeslutningen, ville træffe en ny beslutning den 9. februar 2012 om at indgå kontrakt med indklagedes nuværende leverandør og på den måde udtrykke meget stærke – men usaglige – præferencer for at fastholde denne leverandør.

Indklagede har vedrørende begge påstande gjort gældende, at de overtrædelser af EU-udbudsreglerne, der er fastslået i klagenævnets kendelser, ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren. Indklagede har for så vidt angår både overtrædelsen fastslået ved kendelsen af 9. januar 2012 og den ved kendelsen af 6. marts 2012 fastslåede overtrædelse gentaget det forud for disse kendelser anførte om, at den pågældende model er almindeligt anvendt og anerkendt i klagenævnets praksis ved nævnets

kendelse af 7. november 2007, SJ AB mod Trafikstyrelsen for jernbane og færger. Indklagede har herudover anført, at indklagede i overensstemmelse med klagenævnets kendelse af 6. marts 2012 har bragt den indgåede kontrakt til ophør og annulleret udbuddet med henblik på at genudbyde opgaven.

Klageren var desuden, da denne virksomhed afgav tilbud, bekendt med pointmodellen vedrørende bedømmelse af pris, som fremgik af udbudsbetingelserne. Klageren kunne dermed ikke have en berettiget forventning om, at udbudsbetingelserne kunne danne grundlag for en lovlig tildeling. Der er derfor ikke årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og det påståede tab.

Indklagede har vedrørende påstand 6 særligt gjort gældende, at den pointmodel for vurdering af pris, der er fastsat i udbudsbetingelserne, ifølge kendelsen af 9. januar 2012 ikke lovligt kunne anvendes. Da pointmodellen var fastlagt i udbudsbetingelserne, kunne indklagede endvidere ikke lovligt ændre den til en lovlig model i forbindelse med tilbudsevalueringen eller senere. Heraf følger, at kontrakten ikke lovligt kunne tildeles til klageren. Dette følger også af såvel det forhold, at udbuddet – i konsekvens af klagenævnets kendelser – er annulleret, og at klagenævnet ikke kan erstatte indklagedes skøn over, hvordan udbuddet og tilbudsbedømmelsen i givet fald skulle tilrettelægges på en lovlig måde. Det er således ikke bevist og kan ikke bevises, at klageren, hvis den fastslåede overtrædelse ikke var sket, ville have fået kontrakten, og heller ikke bevist, at det er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten. Der er derfor ikke grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse som krævet i påstand 6. Det er i øvrigt udokumenteret, at klageren, hvis beregninger ikke kan lægges til grund, har lidt tab som påstået.

Vedrørende påstand 7 har indklagede særligt gjort gældende, at tabet er udokumenteret, idet det alene beror på klagerens egne timeopgørelser. Subsidiært er timeforbruget abnormt højt, når henses til, at der er tale om et genudbud af en opgave, som klageren tidligere har afgivet tilbud på, og hvor klageren dermed kunne genbruge tidligere tilbud. De indeholdte timer vedrørende arbejde med klagesagerne kan under alle omstændigheder ikke kræves dækket som negativ kontraktinteresse.

Klagenævnet udtaler:

Ved den overtrædelse af udbudsreglerne, der er fastslået i kendelsen af 9. januar 2012, har indklagede handlet ansvarspådragende i forhold til klageren.

Ad påstand 6 – Positiv opfyldelsesinteresse

Den konstaterede overtrædelse indebærer, at den i udbudsbetingelserne fastlagte pointmodel vedrørende bedømmelse af pris ikke i det konkrete udbud kunne og ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Som anført i klagenævnets kendelse af 9. januar 2012 ad påstand 1 kan klagenævnet ikke erstatte den uegnede pointmodel med en anden pointmodel, idet det tilkommer indklagede som ordregiver at fastlægge, hvorledes bedømmelsen skal ske. Da pointmodellen er fastlagt i udbudsbetingelserne, kunne og kan indklagede heller ikke erstatte den med en anden (lovlig) bedømmelsesmetode og på dette grundlag genvurdere de modtagne tilbud. Det kan endvidere ikke lægges til grund, at udbudsbetingelserne, såfremt indklagede havde været opmærksom på problemet med den foreskrevne bedømmelsesmetode vedrørende pris, og derfor havde fastlagt en anden metode, i øvrigt ville have haft samme indhold, og at tilbuddene ligeledes havde været identiske med de nu afgivne. Det er dermed ikke godtgjort, at klageren – såfremt indklagede ikke havde begået den i kendelsen af 9. januar 2012 konstaterede overtrædelse – ville have vundet udbuddet. Indklagedes efterfølgende indgåelse af kontrakt ændrer ikke på, at kravet om bevis for årsagsforbindelse ikke er opfyldt.

Ad påstand 7 – Negativ kontraktsinteresse

Som anført i klagenævnets kendelse af 6. marts 2012 er konsekvenserne af den i udbudsbetingelserne beskrevne pointmodel vedrørende pris ikke umiddelbart gennemskuelige. Det forhold, at den ulovlige pointmodel var beskrevet i udbudsbetingelserne, indebærer dermed ikke, at betingelsen om årsagsforbindelse ikke er opfyldt, eller at erstatning er afskåret som følge af egen skyld.

For så vidt angår opgørelsen af klagerens tab kan der ikke ydes erstatning for klagerens timeforbrug vedrørende behandlingen af sagen for

klagenævnet. Sådanne omkostninger må således i relevant omfang anses for dækket af de tilkendte sagsomkostninger. Klagerens timeopgørelse og det opgjorte timeforbrug er ikke nærmere underbygget. Klageren har endvidere tidligere afgivet tilbud på senere annullerede udbud af samme opgave, jf. herved klagenævnets kendelser af 10. og 20. juni 2011 i to klagesager indgivet af henholdsvis Nykøbing Dag- og Industrirenovation og klageren samt kendelse af 14. september 2011 om klagerens erstatningskrav vedrørende det annullerede udbud. Arbejdet vedrørende udarbejdelse af disse tilbud må i et vist omfang antages at være blevet genanvendt af klageren. På den baggrund, og idet klagenævnet finder at kunne lægge til grund, at klageren har haft et ikke ganske ubetydeligt timeforbrug til udarbejdelsen af tilbud, fastsættes erstatningen af klagerens negative kontraktsinteresse skønsmæssigt til 24.000 kr.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Skive Kommune, skal til klageren, RenoNorden A/S, betale 24.000 kr. med procesrente fra den 28. marts 2012.

Indklagede skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 12.000 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.

Mette Frimodt Hansen
fuldmægtig