

K E N D E L S E

Svend Pedersen A/S
(advokat Jakob Sønder Larsen, Ballerup)

mod

Favrskov Kommune
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Den 25. juni 2015 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1 – 6 i sagen. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af Svend Pedersen A/S' påstand 7 om erstatning, indtil klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Svend Pedersen A/S (Svend Pedersen) har nedlagt følgende påstand:

Påstand 7

Favrskov Kommune tilpligtes at betale 1.034.659,31 kr. til Svend Pedersen med procesrente af 587.668,45 kr. fra den 22. oktober 2014 og af 446.990,86 kr. fra den 21. august 2015.

Favrskov Kommune har påstået frifindelse.

Svend Pedersen har opgjort kravet i påstand 7 som erstatning for positiv opfyldelsesinteresse.

Svend Pedersen har opgjort kravet vedrørende *entreprisepakke 1* således:

Tilbudspris projekt 1.A – udretning af sving 1.110.639,50 kr.

udgifter:

Eget arbejde (gummiged og gravemaskine)	75.008,00 kr.		
Gummiged	34.880,00 kr.		
Gravemaskine	47.520,00 kr.		
Kørsel til og fra pladsen	<u>10.000,00 kr.</u>	167.408,00 kr.	
Arbejdsplads	10.000,00 kr.		
Jordarbejder	88.174,00 kr.		
Afvandingsarbejder	5.497,40 kr.		
Bærelag	108.346,00 kr.		
Belægningsarbejder	418.541,00 kr.		
Afmærkning og skilte	<u>48.451,00 kr.</u>	<u>679.009,40 kr.</u>	<u>846.417,40 kr.</u>

Fradrag for indregnet ekstraarbejder på projekt 1.A (tilbudslistens punkt 10) 89.455,00 kr.

Dækningsbidrag projekt 1.A (anført af Svend Pedersen til 174.766,66 kr.) 174.767,10 kr.

Tilbudspris projekt 1.B – vejudvidelse 778.030,00 kr.

udgifter:

Eget arbejde (gummiged og gravemaskine)	37.520,00 kr.		
Gummiged	17.440,00 kr.		
Gravemaskine	23.760,00 kr.		
Kørsel til og fra pladsen	<u>5.000,00 kr.</u>	83.720,00 kr.	
Arbejdsplads [er ikke indregnet af klageren]	(10.000,00 kr.)		
Jordarbejder	88.641,00 kr.		
Afvandingsarbejder	640,00 kr.		
Bærelag	80.150,00 kr.		
Belægningsarbejder	204.500,00 kr.		
Afmærkning og skilte	<u>41.820,00 kr.</u>	<u>415.751,00 kr.</u>	<u>499.471,00 kr.</u>

Fradrag for indregnet ekstraarbejder på projekt 1.B (tilbudslistens punkt 10) 84.455,00 kr.

Dækningsbidrag projekt 1.B 194.104,00 kr.

Samlet dækningsbidrag på entreprisepakke 1 (174.766,66 + 194.104,00) 368.870,66 kr.

Svend Pedersen har opgjort kravet vedrørende *entreprisepakke 4* således:

Tilbudspris – dobbeltrettet cykelsti 2.071.361,00 kr.

udgifter:

Eget arbejde (gummiged og gravemaskine)	187.520,00 kr.		
Gummiged	69.760,00 kr.		
Gravemaskine	95.040,00 kr.		
Kørsel til og fra pladsen	<u>33.000,00 kr.</u>	385.320,00 kr.	
Arbejdsplads	10.000,00 kr.		
Jordarbejder	107.186,00 kr.		
Afvandingsarbejder	31.801,35 kr.		
Belægningsarbejder	741.810,00 kr.		
Afmærkning og skilte	<u>45.000,00 kr.</u>	<u>935.797,35 kr.</u>	<u>1.321.117,35 kr.</u>
Fradrag for indregnet ekstraarbejder (tilbudslistens punkt 10)		84.455,00 kr.	
Dækningsbidrag på entreprisepakke 4			<u>665.788,65 kr.</u>
Samlet dækningsbidrag på entreprisepakke 1 og 4 (368.870,66 + 665.788,65)			<u>1.034.659,31 kr.</u>

Ad ansvarsgrundlaget:

Ved kendelsen af 25. juni 2015 konstaterede klagenævnet, at Favrskov Kommune under licitationen har overtrådt tilbudsloven således:

Ad påstand 1:

Favrskov Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 2, ved i forbindelse med beslutningen om, hvem der skulle indgå kontrakt med, at have anvendt tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, selv om dette kriterium var uegnet som tildelingskriterium, idet udbudsbetingelserne på en meget detaljeret måde og med en meget høj grad af præcision har beskrevet alle de krav, som ydelsen skal opfylde.

Ad påstand 2:

Favrskov Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 2, ved at have fastsat tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med underkriterierne ”Pris”, der vægter 60 %, og ”CV’er, organisationsplan, væsentlige underentreprenører samt referencer”, der vægter 40 %, selv om beskrivelsen i orienteringsbrevet af kravene til tilbuddene ikke giver grundlag for at vurdere tilbuddene i forhold til underkriteriet ”CV’er organisationsplan, væsentlige underentreprenører samt referencer”.

Ad påstand 3:

Favrskov Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 2, ved ikke at have fastsat anvendelige underkriterier til tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” ud over underkriteriet ”Pris”, idet kriteriet ”CV’er, organisationsplan, væsentlige underentreprenører samt referencer” er egnet ved en prækvalifikationsrunde, men uegnet som underkriterium og således uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 5:

Favrskov Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 2, ved ikke at have fastsat ”foreløbig tidsplan” som et underkriterium, men alligevel at vurdere ”foreløbig tidsplan” som et underkriterium.

Svend Pedersen har gjort gældende, at Favrskov Kommune ved de pågældende overtrædelser af tilbudsloven har handlet på en sådan måde, at kommunen efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Svend Pedersen, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få tildelt kontrakterne på entreprisepakke 1 og 4.

Favrskov Kommune har erkendt, at kommunen ved de konstaterede overtrædelser er erstatningsansvarlig over for Svend Pedersen efter de almindelige erstatningsregler.

Ad erstatningskravet:

Svend Pedersen har gjort gældende, at virksomheden ville have fået kontrakterne på entreprisepakke 1 og 4 tildelt, hvis Favrskov Kommune ikke havde handlet erstatningspådragende. Svend Pedersen har derfor krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Svend Pedersen har nærmere anført, at der var i alt 9 tilbudsgivere på entreprisepakke 1. Svend Pedersen afgav tilbuddet med den laveste pris. Den næstlaveste pris var på 1.997.345 kr., hvilket var 108.676 kr. dyrere end Svend Pedersens tilbudspris. De øvrige tilbud lå i et prisinterval mellem 2.114.824 kr. og 3.548.385 kr.

Der var 15 tilbudsgivere på entreprisepakke 4, og Svend Pedersen afgav tilbuddet med den laveste pris. Den næstlaveste pris var på 2.313.541 kr.,

hvilket var 242.180 kr. dyrere end Svend Pedersens tilbudspris. De øvrige tilbud lå i et prisinterval mellem 2.430.707 kr. og 3.161.296 kr.

Havde Favrskov Kommune fastsat tildelingskriteriet til ”laveste pris” og ikke ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, ville kommunen ikke have handlet i strid med tilbudslovens regler, ligesom det må lægges til grund, at Svend Pedersen ville have fået tildelt kontrakterne, hvis tildelingskriteriet var ”laveste pris”.

Hvis det mod forventning ikke kan lægges til grund, at Svend Pedersen ville have fået tildelt kontrakterne, har Svend Pedersen subsidiært gjort gældende, at virksomheden med overvejende sandsynlighed ville have fået tildelt kontrakterne. De underkriterier, som Favrskov Kommune fastsatte, kan ikke have haft en reel indvirkning på de priser, som tilbudsgiverne afgav, og priserne ville således have været de samme, hvis kommunen havde fastsat ”laveste pris” som tildelingskriterium for entreprisepakkerne.

Der er årsagssammenhæng mellem de fejl, som Favrskov Kommune begik, og den manglende tildeling af kontrakterne til Svend Pedersen. Svend Pedersens tilbud var konditionsmæssigt, og det ville have været lovligt at tildele entreprisepakkerne til Svend Pedersen på baggrund af de afgivne tilbud.

Hvad angår tidsplanen havde Svend Pedersen i tilbuddet angivet, at virksomheden ville starte og afslutte entreprisen til tiden. Da der ikke var stillet nærmere krav til en tidsplan, var det, som Svend Pedersen anførte, tilstrækkeligt præcist, særligt henset til at entrepriserne var af meget begrænset omfang.

For så vidt angår CV’erne anførte Svend Pedersen, at de medarbejdere, der skulle forestå arbejdet, var ingeniører og kloakmestre. Da det heller ikke af licitationsbetingelserne fremgik, hvilke krav kommunen stillede til CV’erne, vedlagde Svend Pedersen alene oplysninger om medarbejdernes uddannelsesmæssige baggrund, som måtte anses for at være mest relevante i den pågældende situation.

Favrskov Kommune afviste ikke Svend Pedersens tilbud, og dette støtter, at tilbuddet ikke var ukonditionsmæssigt. Selv om klagenævnet normalt ikke foretager et eget skøn, gøres det gældende, at klagenævnet i den konkrete

sag har mulighed for at foretage et skøn og således fastslå, at Svend Pedersen ville have fået tildelt kontrakterne.

Endelig gøres det gældende, at Svend Pedersen under alle omstændigheder har krav på erstatning opgjort som negativ kontraktinteresse efter klagenævntes skøn, hvilket ligeledes er indeholdt i virksomhedens påstand som det mindre i det mere.

Favrskov Kommune har gjort gældende, at Svend Pedersen ikke har bevist, at virksomheden ville have fået kontrakterne, hvis overtrædelserne ikke var sket. Svend Pedersen har heller ikke bevist, at det er overvejende sandsynligt, at virksomheden ville have fået kontrakterne, og der er derfor ikke grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse.

Favrskov Kommune har nærmere anført, at Svend Pedersens tilbud var ukonditionsmæssigt og derfor ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Efter licitationsbetingelserne skulle tilbuddet indeholde CV'er for nøglepersoner, organisationsplan, væsentlige underentreprenører, 3-5 relevante referencer samt en foreløbig tidsplan. Svend Pedersens tilbud var imidlertid hverken vedlagt CV'er for de tilbudte nøglemedarbejdere eller en foreløbig tidsplan. Da der var tale om afvigelser fra kravene i licitationsmaterialet, og da kommunen efter licitationsbetingelserne havde forpligtet sig til at afvise tilbud med forbehold, uanset om et sådant forbehold kunne prissættes, har kommunen handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved ikke at afvise tilbuddet fra Svend Pedersen. Allerede fordi Svend Pedersens tilbud ikke lovligt kunne tages i betragtning, er der ikke årsagsforbindelse mellem de fejl, som Favrskov Kommune begik, og den manglende tildeling af kontrakterne til Svend Pedersen.

Favrskov Kommunes licitation kunne i øvrigt ikke danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning og dermed heller ikke en tildeling af kontrakterne til Svend Pedersen. En ordregiver kan ikke efter tilbudsafgivelsen foretage ændringer i tildelingskriteriet og er således forpligtet til at fastholde det fastsatte tildelingskriterium gennem hele licitationsprocessen. Hvis tildelingsbeslutningen blev baseret på den tilbudte pris, ville dette indebære, at tildelingskriteriet blev ændret fra "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" til "laveste pris". Også fordi kommunens licitation således ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, er der heller ikke af denne

grund årsagsforbindelse mellem de fejl, som kommunen begik, og den manglende tildeling af entreprisepakkerne til Svend Pedersen.

Hvis klagenævnet måtte komme frem til, at Svend Pedersens tilbud var konditionsmæssigt og derfor lovligt kunne accepteres, og at det ville have været lovligt at tildele entreprisepakkerne på baggrund af den afholdte licitation, skal klagenævnet tage stilling til, om entreprisepakkerne ville være blevet tildelt Svend Pedersen. Efter fast praksis tager klagenævnet ikke stilling til spørgsmålet om, hvem der skal tildeles en kontrakt. En stillingtagen til spørgsmålet om rette vinder af en licitation forudsætter i øvrigt, at der ved vurderingen af de afgivne tilbud kan bortses fra de ulovlige underkriterier og således udelukkende lægges vægt på priskriteriet. Det vil ikke være muligt eller i øvrigt lovligt for Favrskov Kommune eller klagenævnet at foretage en tilbudsvurdering alene på baggrund af priskriteriet. Som en konsekvens af, at klagenævnet ikke kan erstatte en ulovlig tilbudsevaluering med en anden evaluering, og at kommunen ikke efter tilbudsafgivelsen kan ændre de offentliggjorte underkriterier og deres indbyrdes vægtning, kan klagenævnet heller ikke lægge vægt på Svend Pedersens vurdering, hvorefter prisen skulle være eneste afgørende parameter for vurderingen. Det er ikke muligt at vurdere, hvordan de øvrige tilbudsgiveres tilbud ville have set ud, hvis licitationen var gennemført med tildelingskriteriet ”laveste pris”. Det kan således ikke udelukkes, at en eller flere af de øvrige tilbudsgivere ville have budt ind med en anden pris, hvis de havde været bekendt med, at prisen ikke vægtede 60 %, som angivet i licitationsbetingelserne, men derimod vægtede 100 %. Da det således ikke kan lægges til grund, at kontrakterne for entreprisepakke 1 og 4 ville være blevet tildelt Svend Pedersen, er der ikke årsagsforbindelse mellem de fejl, som kommunen begik, og den manglende tildeling af kontrakterne til Svend Pedersen. Favrskov Kommune skal derfor frifindes.

Favrskov Kommune har endelig gjort gældende, at Svend Pedersen var bekendt med underkriterierne til tildelingskriteriet, da virksomheden afgav tilbud, og at Svend Pedersen alligevel ikke stillede spørgsmål til tildelingskriteriets lovlighed. Svend Pedersen har derfor ikke haft en berettiget forventning om, at licitationen kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, eller at prisen ville være eneste tildelingsparameter.

Favrskov Kommune har bestridt Svend Pedersens tabsopgørelse på flere punkter.

Klagenævnet udtaler:Ad ansvarsgrundlaget:

Som følge af de overtrædelser, som klagenævnet konstaterede ved kendelse af 25. juni 2015, har Favrskov Kommune handlet ansvarspådragende.

Ad erstatningskravet, herunder årsagssammenhæng:

Favrskov Kommune iværksatte licitationen med tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med underkriterierne ”Pris” og ”CV’er, organisationsplan, væsentligste underentreprenører samt referencer”. Ved kendelsen af 25. juni 2015 konstaterede klagenævnet, at underkriteriet ”CV’er, organisationsplan, væsentligste underentreprenører samt referencer” ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og klagenævnet annullerede derfor tildelingsbeslutningen.

Efter karakteren af den konstaterede overtrædelse kunne de fastsatte licitationsbetingelser for entreprisepakkerne ikke danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, og Favrskov Kommune kunne ikke lovligt under licitationsprocessen ændre tildelingskriteriet fra ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” til ”laveste pris” uden at overtræde principperne for ligebehandling og gennemsigtighed.

Erstatningsbetingelsen om årsagssammenhæng er herefter ikke opfyldt, og Svend Pedersen har derfor ikke krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Svend Pedersen har som ”det mindre i det mere” gjort gældende, at virksomheden har krav på erstatning i form af negativ kontraktinteresse, uden at virksomheden dog har opgjort sit tab i den anledning.

Efter karakteren af overtrædelserne af tilbudsloven ved udformningen af licitationsbetingelserne, lægger klagenævnet til grund, at Svend Pedersen var eller burde have været bekendt med de forhold, der udgjorde disse overtrædelser, inden afgivelsen af tilbud. Herefter foreligger der ikke den nødvendige årsagssammenhæng mellem de begåede overtrædelser og Svend Pe-

dersens udgifter ved afgivelse af tilbud. Klagerne har derfor heller ikke krav på erstatning i form af negativ kontraktinteresse.

Klagenævnet tager herefter ikke påstand 7 til følge.

Herefter bestemmes:

Favrskov Kommune frifindes.

Svend Pedersen A/S skal i sagsomkostninger til Favrskov Kommune betale 20.000 kr.

Beløbet skal betales inden 14 dage, efter at denne afgørelse er meddelt parterne.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
specialkonsulent