

18. maj 2009. Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården

Udbyderen frifundet for erstatningskrav fra forbigået tilbudsgiver til dækning af tilbudsgiverens positive opfyldelsesinteresse, da udbyderen ville have overtrådt udbudsreglerne ved at tildele tilbudsgiveren kontrakten. Ved erstatningsafgørelser kan der vedrørende beviset for årsagssammenhæng tages hensyn til hypotetiske forhold. Udbyderen pålagt at erstatte den forbigåede tilbudsgivers udgift til udarbejdelse af tilbud, da tilbudsgiveren ikke ved tilbudsafgivningen kunne forudse en af de ansvarspådragende overtrædelser, der derfor havde været årsag til tilbudsgiverens spildte udgifter til udarbejdelse af tilbud

Denne kendelse er en fortsættelse af Klagenævnets kendelse af 5. november 2008 i samme sag. Sagen angik et begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende en rammeaftale om udførelse af vvs-arbejder i et boligkompleks. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier: 1. »Vurdering af driftsorganisation og cv'er på nøglepersoner« og 2. »Tilbudspris«.

Ved kendelsen af 5. november 2008 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på forskellige punkter, ligesom Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med en anden af tilbudsgiverne end klageren.

Kendelsen af 18. maj 2009 angik et erstatningskrav fra klageren, der påstod udbyderen tilpligtet at betale principtalt ca. 2,3 mio. kr. til dækning af klagerens tab ved ikke at have fået tildelt kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse), subsidiært ca. 86.000 kr. til dækning af klagerens udgifter til udarbejdelse af tilbud (negativ kontraktsinteresse).

De overtrædelser af udbudsreglerne, som Klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 5. november 2008, var følgende:

- a. underkriterium 1. »Vurdering af driftsorganisation og cv'er på nøglepersoner« var uegnet (påstand 1)
- b. forbehold om at forkaste alle tilbud (påstand 4)
- c. modstridende angivelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne om mulighed for alternative tilbud (påstand 5)
- d. manglende angivelse af mindstekrav for alternative tilbud (påstand 6)
- e. modstridende angivelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne om den udbudte rammeaftales varighed (påstand 7)
- f. utilstrækkelig begrundelse for tildelingsbeslutningen (påstand 10)
- g. prækvalificering af flere virksomheder end angivet i udbudsbetingelserne (påstand 11)

Forskellige andre klagepunkter blev ved kendelsen af 5. november 2008 ikke taget til følge. I den foreliggende sammenhæng er følgende af disse klagepunkter af interesse:

- h. Klage over, at udbyderen ikke havde vurderet tilbuddene efter tildelingskriteriet »laveste pris« som følge af, at det eneste andet underkriterium

end underkriterium »2. Tilbudspris« var uegnet, jf. punkt a ovenfor (påstand 2). Klagenævnet udtalte herved, at udbyderen som følge af, at underkriterium 1. »Vurdering af driftsorganisation og cv'er på nøglepersoner« var uegnet, havde haft saglig grund til at annullere udbuddet, og at det ville have været i strid med gennemsigtighedsprincippet, hvis udbyderen i stedet havde vurderet tilbuddene alene på grundlag af underkriterium 2. »Tilbudspris« (dvs. reelt tildelingskriteriet »laveste pris«; en sådan tilbudsvurdering ville have ført til indgåelse af kontrakt med klageren, hvis tilbud havde den laveste tilbudspris).

Klagenævnet udtalte i kendelsen af 18. maj 2009:

Udbyderen var erstatningsansvarlig over for klageren i anledning af de overtrædelser, som Klagenævnet havde konstateret ad punkt a, c, e og g.

Det var imidlertid ikke bevist, at klageren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde begået disse overtrædelser, hvorfor Klagenævnet ikke tog klagerens påstand om erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse til følge. Klagenævnet henviste herved til sine udtalelser i kendelsen af 5. november 2008, hvorefter udbyderen ville have overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved at indgå kontrakt med klageren efter en tilbudsvurdering på grundlag af tildelingskriteriet »laveste pris«, og hvorefter udbyderen kunne have annulleret udbuddet som følge af underkriterium 1's uegnethed.

Klagenævnet henviste videre til, at Klagenævnet ved afgørelsen af, om klageren havde krav på erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, nødvendigvis havde måttet tage stilling til måder at afslutte udbuddet på, som udbyderen ikke valgte, og som derfor kunne betegnes som »hypotetiske«. Denne udtalelse er udtryk for en afstandtagen fra en udtalelse i Klagenævnets kendelse af 7. juli 2005 om, at der ved afgørelser om erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse ikke kan tages hensyn til visse hypotetiske indsigelser.

Klageren havde valgt at afgive tilbud, selvom klageren ved tilbudsafgivningen selv kunne konstatere de åbenbare overtrædelser af udbudsreglerne, som Klagenævnet konstaterede ad punkt c, e og g. Disse overtrædelser havde derfor ikke forårsaget et tab hos klageren. Klageren kunne derimod ikke ved tilbudsafgivningen konstatere den overtrædelse, som punkt a angår, og denne overtrædelse havde derfor påført klageren forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud. Klagenævnet fastsatte skønsmæssigt erstatningen til 50.000 kr.