

Klagenævnet for Udbud

(Erik P. Bentzen, Helle Bøjen Larsen, Kaj Kjærsgaard)

J.nr.: 2008-0016966

16. december 2009

K E N D E L S E

Konsortiet De Jysk-Fynske Bandagerier og Skomagerier
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Odense Kommune
(advokat Peter Lund Meyer, København)

Den 15. januar 2009 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen (påstand 1–10). Klageren har efterfølgende nedlagt påstand om erstatning. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet skriftligt.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 11

Indklagede skal til klageren betale 13.125 kr. med procesrente fra den 26. februar 2008.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse

Beløbet på 13.125 kr., som er uden moms, udgør klagerens negative kon-taktinteresse.

Klageren har opgjort sit krav således:

Lønudgifter, gennemgang af materiale og udarbejdelse af tilbud:

Underdirektør	11,25 timer á 556 kr.	6.255 kr.
Kontorassistent	24 timer á 286,25 kr.	<u>6.870 kr.</u>
I alt		<u>13.125 kr.</u>

Indklagede har ikke bestridt kravet størrelsesmæssigt.

Ad erstatningsgrundlaget

Ved kendelse af 15. januar 2009 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbekendtgørelsen at anføre, at rammeaftale ville blive indgået med 4 økonomiske aktører, uanset at indklagede havde til hensigt kun at indgå 1 rammeaftale for hver delaftale.

Påstand 3

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at ændre starttidspunktet for den udbudte delaftale 2 om levering af bandageriprodukter m.v. til den 1. september 2008, uanset at starttidspunktet i udbudsbekendtgørelsen var fastsat til den 1. marts 2008.

Påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelserne ikke at have foretaget en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af de produkter, som indklagede ønskede tilbud på under delaftale 2 om levering af bandageriprodukter m.v.

Påstand 5

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Økonomi« at have lagt vægt på »Leverandørens tilbudte intervaller og regler for prisændringer«, uanset at det af udbudsbetingelserne udtømmende fremgik, hvorledes prisregulering kunne finde sted, nemlig en gang årligt i henhold til nettoprisindekset eller – i ekstraordinære tilfælde - ved udefrakommende omkostningsstigninger.

Påstand 6

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Serviceforhold« at have lagt vægt på:

- a. Leverandørens faglighed hos alle ansatte,
 - b. Leverandørens kapacitet, evt. sammenlignelige leverancer,
 - c. Oplysningsniveau, elektronisk samarbejde, statistik,
- uanset at disse forhold må betragtes som udvælgelseskriterier, der ikke kan inddrages som delkriterier.

Påstand 7

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Kvalitet« at have lagt vægt på delkriteriet »Pasningsegenskaber ved levering/gentilpasning, evt. %-vis oplysning om antal gentilpasninger, fejl, tilfredsheds % o.a.«, uanset at disse elementer må betragtes som udvælgelseskriterier, der ikke kan inddrages som delkriterier.

Påstand 8

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Leveringsforhold« at have lagt vægt på »Leveringsomkostninger, gebyrer o.a.«, uanset at det udtømmende fremgik af udbudsbetingelserne, at de tilbudte priser skulle omfatte alle udgifter ved leverancen, herunder leveringsomkostninger, gebyrer m.v.

Påstand 9

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Miljøforhold« at have lagt vægt på

- a. Leverandørens oplysninger om miljøcertifikater og miljøpolitik,
 - b. Arbejdspladsvurdering, herunder arbejdsmiljø og lovgivning,
- uanset at disse forhold må betragtes som udvælgelseskriterier, der ikke kan inddrages som delkriterier.

Indklagede besluttede den 22. juli 2008, efter at klageren den 23. juni 2008

havde indgivet klage til Klagenævnet for Udbud, at annullere udbuddet vedrørende delaftale 2.

Klageren har gjort gældende, at indklagede vidste eller burde vide, at udbudsbetingelserne var så uklare og mangelfulde, at de ikke var egnede til at danne grundlag for udbuddet. Indklagede erkendte da også overtrædelserne. Der var tale om væsentlige procedurefejl og ikke bagatelagtige overtrædelser. Indklagede har – også ud fra en selvstændig bedømmelse af overtrædelserne - handlet ansvarspådragende over for klageren, der som tilbudsgiver ikke har fået en objektiv og saglig behandling.

Indklagede har erkendt, at indklagede foretog graverende og åbenbare overtrædelser af udbudsrettens grundlæggende principper, og at overtrædelserne ikke var af underordnet eller bagatelagtig karakter. Ansvarsgrundlaget skal vurderes ud fra dansk rets almindelige erstatningsregler.

Ad erstatningskravet

Klageren har gjort gældende, at der er årsagsforbindelse mellem indklagedes overtrædelser af EU-udbudsretten og de udgifter, som klageren har haft i forbindelse med udarbejdelsen af tilbuddet. Indklagedes tilsidesættelse af udbudsreglerne, herunder ikke mindst den utilstrækkelige og ufuldstændige beskrivelse af de udbudte produkter og de ulovlige delkriterier, har afskåret klagerens muligheder for at få overdraget den udbudte kontrakt. Klageren ville ikke have afgivet tilbud, hvis klageren på forhånd var bekendt med, dels at udbudsbetingelserne ikke udgjorde et lovligt grundlag for udbuddet og indgåelse af kontrakt, dels at udbuddet senere ville blive annulleret. Klageren har ikke udvist egen skyld, som kan begrunde, at erstatningen nedsættes. Som følge af overtrædelsernes karakter var klageren ikke på tidspunktet for tilbuddets afgivelse bekendt med – og burde ikke være bekendt med - at indklagede på en række områder havde overtrådt udbudsreglerne. Klageren havde ikke et sådant kendskab til udbudsreglerne, at klageren kunne gennemskue og påpege de konkrete udbudsretlige overtrædelser, som indklagede begik i forbindelse med udbuddet. Klagerens tilbud var konditionsmæssigt. I tilbuddets bilag 3.a. »Bandageriprodukter m.v. – Miljøskema« under punkt 1, er det anført, at klageren ikke har indført miljøstyring af egne aktiviteter. Klageren har derfor ikke givet en beskrivelse af eller vedlagt dokumentation for miljøcertificering. Klageren har til punkt 2.3 i bilag 5 »Besvarelses- og huskeskema for tilbudsgiver« anført: »Fyns

Bandageri A/S har implementeret det medicinske direktiv 93/42/EØF m.h.p. sikring af kvalitet og ensartethed i produktionen«. Kravene til beskrivelse af kvalitetssikringssystem var derfor opfyldt. Det har karakter af efter-rationalisering, at indklagede nu gør gældende, at tilbuddet fra klageren ikke var konditionsmæssigt. Klagerens beskrivelse af kvalitetssikringssystem og/eller miljøcertificering i forhold til delaftale 3, som klageren fik tildelt, afveg ikke fra klagerens beskrivelse i delaftale 2. Havde tilbuddet været ukonditionsmæssigt, skulle indklagede ikke have taget det i betragtning i forbindelse med evalueringen af tilbuddene. Indklagede har imidlertid taget klagerens tilbud i betragtning og tildelt klagerens tilbud 6 ud af 10 point for delkriteriet »Leverandørens oplysninger om miljøcertifikater, miljøpolitik«.

Indklagede har i første række gjort gældende, at der ikke er årsagsforbindelse mellem indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne og de udgifter, som klageren har haft til udarbejdelse af tilbud. Klageren har ikke bevist, at der er årsagssammenhæng mellem indklagedes tilsidesættelse af udbudsreglerne og de omkostninger, som klageren påstår er tabt ved udarbejdelsen af tilbud. Klageren var eller burde have været bekendt med, at udbudsreglerne var overtrådt på en række områder, da klageren afgav sit tilbud. De forhold, som udgjorde overtrædelserne ad påstand 1 og 4-9, fremgik alle af udbudsbetingelserne. Overtrædelserne har derfor ikke været bestemmende for klagerens afgivelse af tilbud. Klageren har desuden ikke bevist, at klageren ville have undladt at afgive tilbud, hvis det lægges til grund, at klageren ikke havde kendskab til de begåede overtrædelser. Overtrædelserne var grove og åbenbare, og klageren er en professionel tilbudsgiver med stor erfaring i udarbejdelse af tilbud under EU-udbud. Klageren har bevidst undladt at gøre indsigelse over for indklagede imod grundlaget for afgivelse af tilbud for på den måde at forbeholde sig muligheden for efterfølgende, hvis klageren ikke måtte få den udbudte kontrakt overdraget, at indgive klage til Klagenævnet for Udbud.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt. Tilbuddet opfyldte således ikke minimumskravet i udbudsbetingelserne om en beskrivelse af et eventuelt kvalitetssikringssystem og/eller miljøcertificering, og der var ikke vedlagt dokumentation herfor i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes pkt. 2.3. Med henvisningen til direktiv 93/42/EØF antydede klageren, at Fyns Bandageri A/S havde et kvalitetssikringssystem, men klageren vedlagde ikke en beskrivelse af systemet. Klageren oplyste heller ikke, om virksomheden havde en miljøcerti-

ficering, og klageren vedlagde ikke en beskrivelse af en miljøcertificering. Det er uden betydning, at det – på grund af indklagedes procedurefejl – først under Klagenævnets behandling af klagesagen konstateres, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt. Der er ikke tale om efterrationalisering fra indklagedes side.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget

Ansvarsgrundlaget for en ordregivers tilsidesættelse af udbudsreglerne skal bedømmes efter dansk rets almindelige erstatningsregler.

Som Klagenævnet har anført i kendelsen af 15. januar 2009 ad påstand 10, var de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne ikke af underordnet eller bagatelagtig karakter. Dette har indklagede da også erkendt. Efter karakteren af overtrædelserne ad påstand 1 og 3–9, har indklagede handlet på en sådan måde, at indklagede er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet

De forhold, som medførte, at Klagenævnet ved kendelsen af 15. januar 2009 konstaterede, at indklagede havde overtrådt udbudsreglerne, var alle beskrevet i udbudsbetingelserne eller bilag til udbudsbetingelserne med undtagelsen af den konstaterede overtrædelse ad påstand 3.

Efter karakteren af de konstaterede overtrædelserne ad påstand 1 og 4 lægger Klagenævnet til grund, at klageren enten var eller burde have været bekendt med disse overtrædelser. Det samme kan imidlertid ikke lægges til grund vedrørende overtrædelserne ad påstand 5–9, som alle vedrører indklagedes evaluering af tilbuddene og anvendelse af ulovlige delkriterier. Klagenævnet lægger herefter til grund, at klageren, selv om det er ubestridt, at virksomheden er en professionel tilbudsgiver med stor erfaring i udarbejdelse af tilbud under EU-udbud, på tidspunktet for afgivelsen af sit tilbud ikke var bekendt med, at indklagede havde overtrådt udbudsreglerne på de punkter, som fremgår af påstand 5–9.

Hvis klageren havde været bekendt med, at indklagede ikke ville foretage

en lovlig evaluering af tilbuddene, er det overvejende sandsynligt, at klageren ville have undladt at afgive tilbud. Det er således bevist, at der er årsagsforbindelse mellem de ansvarspådragende overtrædelser og klagerens forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbud.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt, idet klagerens tilbud ifølge indklagede ikke opfyldt minimumskravet i udbudsbetingelserne om en beskrivelse af et eventuelt kvalitetssikringssystem og/eller miljøcertificering, og der var ikke vedlagt dokumentation herfor i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes pkt. 2.3.

Udbudsbetingelsernes pkt. 2.3 »Minimumskrav/udvælgelseskriterier« indeholder bl.a. følgende krav til tilbuddene:

»Beskrivelse af evt. kvalitetssikringssystem og/eller miljøcertificering. Vedlæg dokumentation.«

Der er således krav om, at tilbudsgivere, der har et kvalitetssikringssystem og/eller en miljøcertificering, skal beskrive og dokumentere dette i tilbuddet.

Klageren har i bilag 3 a til tilbuddet anført, at virksomheden ikke har indført miljøstyring af egne aktiviteter. Klageren har derfor ikke beskrevet eller dokumenteret nogen miljøcertificering. I bilag 5 til tilbuddet har klageren til pkt. 2.3 anført følgende:

»Fyns Bandageri har implementeret det medicinske direktiv 93/42/EØF m.h.p. sikring af kvalitet og ensartethed i produktionen.«

Herefter, og da indklagede ikke stillede nærmere formkrav til tilbudsgiverens opfyldelse af denne del af kravet i udbudsbetingelsernes pkt. 3.2, var klagerens tilbud konditionsmæssigt. Dette støttes også af den omstændighed, at indklagede ved evalueringen tog klagerens tilbud i betragtning og tildelte dette 6 ud af 10 point vedrørende delkriteriet »Leverandørens oplysninger om miljøcertifikater, miljøpolitik«, som Klagenævnet ad påstand 9 har konstateret var ulovligt.

Efter det anførte, og da klagerens erstatningskrav ikke er bestridt størrelsesmæssigt, tager Klagenævnet påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Odense Kommune, skal til klageren, Konsortiet De Jysk-Fynske Bandagerier og Skomagerier, betale 13.125 kr. med procesrente fra den 26. februar 2008.

Indklagede skal betale 8.000 kr. i yderligere sagsomkostninger til klageren.

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 Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 2.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig