

K E N D E L S E

Lyreco Danmark A/S
(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

Varde Kommune
(advokat Peter Lund Meyer, København)

Den 12. marts 2009 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1-11. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstande om erstatning, påstand 12 og 13, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører klagerens påstande om erstatning. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 25. maj 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 12

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 1.715.040 kr. med procesrente fra den 11. december 2008.

Påstand 13 (subsidiær i forhold til påstand 12)

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 63.361,69 kr. med procesrente fra den 11. december 2008.

Beløbet i påstand 12 er udtryk for klagerens positive opfyldelsesinteresse. Beløbet i påstand 13 er udtryk for klagerens negative kontraktinteresse. Beløbene er uden moms.

Indklagede har påstået frifindelse.

Klagerens krav i påstand 13 er opgjort som klagerens udgifter til løn som følge af »tidsforbrug ved tilbudsbesvarelse til Varde Kommune«. Klageren har opgjort tidsforbruget til i alt 200 timer.

Indklagede har bestridt størrelsen af klagerens krav i påstand 12 og 13.

Der er under mødet i Klagenævnet den 25. maj 2009 afgivet forklaring af skandinavisk salgschef Finn B. Olsen fra klageren og af indkøbskonsulent Stine Rahr fra indklagede.

Ad erstatningsgrundlaget:

Varde Kommune besluttede den 21. november 2008 at annullere det udbud, som sagen vedrører. I advokat Peter Lund Meyers e-mail af 21. november 2008 til klageren står der bl.a.:

»Varde Kommune har efterfølgende anmodet mig om at gennemgå kommunens udbudsmateriale og grundlaget for kommunens vurderinger under den gennemførte tilbudssammenligning.

Det er min vurdering, at udbudsmaterialet er behæftet med væsentlige retlige mangler, og derfor ikke vil kunne tjene som grundlag for tilbudsafgivelse og tilbudssammenligning. Herudover er det min vurdering, at den gennemførte tilbudssammenligning også i sig selv er behæftet med væsentlige mangler, blandt andet fordi kommunen i strid med udbudsreglerne har ladet tilbudsgivernes kravsopfyldelse indgå i tilbudssammenligningen under de fastsatte underkriterier til det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og fordi kommunen ikke har foretaget en objektiv og transparent sammenligning af de tilbudte priser.

Jeg skal meddele, at Varde Kommune som følge af de konstaterede tilsidesættelser af udbudsreglerne har besluttet at annullere det omhandlede udbud i sin helhed.

Dette indebærer, at Varde Kommune ikke vil indgå delaftale 2 med AV Form A/S og delaftale 1 og 3 med CJC Gruppen A/S.«

Ved kendelsen af 12. marts 2009 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i relation til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have fastsat underkriteriet »1. Pris samt prisregulering« med delkriteriet »Prisregulering«, uagtet udbudsbetingelserne på de punkter, underkriteriet og delkriteriet angik, havde karakter af minimumskrav, som tilbuddene skulle opfylde for at være konditionsmæssige.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i relation til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have fastsat underkriteriet »4. Service« med delkriteriet »Vedligeholdelse af lagre, hvor dette ønskes«, uagtet udbudsbetingelserne på de punkter, underkriteriet og delkriteriet angik, havde karakter af minimumskrav, som tilbuddene skulle opfylde for at være konditionsmæssige.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i relation til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have fastsat underkriteriet »2. Kvalitet og sortiment« med delkriterierne »Produkter« og »Udvikling«, uagtet udbudsbetingelserne på de punkter, underkriteriet og delkriterierne angik, havde karakter af minimumskrav, som tilbuddene skulle opfylde for at være konditionsmæssige.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i relation til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have fastsat underkriteriet »3. Levering« med delkriteriet »Følgeseddel«, uagtet udbudsbetingelserne på de punkter, underkriteriet og delkriteriet angik, havde karakter af minimumskrav, som tilbuddene skulle opfylde for at være konditionsmæssige.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelsernes punkt 3.10 at anmode tilbudsgiverne om at oplyse priser og tilbudte rabatter på produkter, der ikke var omfattet af udbudsbetingelsernes tilbudsliste.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at have fastsat underkriteriet »2. Kvalitet og sortiment« med delkriterierne »Udfyldt tilbudsskemaer ... vurderet på sortimentsopfyldelse i forhold til krævet« og »Udfyldt tilbudsskemaer ... vurderet på kvalitet i forhold til krævet«, uagtet kravene i udbudsbetingelserne ikke gav mulighed for at vurdere tilbuddene på grundlag af underkriteriet og delkriterierne.

Ad påstand 7

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved, at indklagede ved vurderingen af klagerens tilbud lod delkriterierne »Produkter« og »Udvikling« indgå både i vurderingen efter underkriteriet »2. Kvalitet og sortiment« og i vurderingen efter underkriteriet »4. Service«.

Ad påstand 8

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved med hensyn til delaftale nr. 1 »Kontorartikler« at gennemføre evalueringen af tilbuddene således, at indklagede i relation til underkriteriet »2. Kvalitet og sortiment« og delkriteriet »Udfyldt tilbudsskemaer ... vurderet på kvalitet i forhold til krævet« kun vurderede kvaliteten af vareprøver på 13 produkter, uagtet delaftale nr. 1 »Kontorartikler« angik 220 produkter.

Ad påstand 9

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved med hensyn til delaftale nr. 3 »Toner- og blækpatroner« at evaluere tilbuddene efter underkriteriet »2.

Kvalitet og sortiment» med delkriteriet »Udfyldt tilbudsskema ... vurderet på kvalitet i forhold til krævet«, uagtet det i udbudsbetingelsernes tilbudsliste var beskrevet præcist ved bl.a. angivelse af fabrikat og produkttype, hvilke produkter der skulle afgives tilbud på, og uagtet det ikke i udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbudsgiverne skulle fremsende vareprøver sammen med tilbuddene.

Ad påstand 10

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, ved i udbudsbetingelsernes tilbudsliste vedrørende delaftale nr. 3 »Toner- og blækpatroner« at angive bestemte fabrikater og henvise til bestemte varemærker, uagtet dette ikke var nødvendigt for en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de konstaterede overtrædelser af EU-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 de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne ikke indebærer, at indklagede er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Klageren har både ad påstand 12 og påstand 13 anført, at klagerens tilbud var konditionsmæssigt. Indklagede har da heller ikke afvist tilbuddet, men inddraget det i evalueringen.

Indklagede har ad påstand 12 og 13 gjort gældende, at klageren er afskåret fra at få erstatning, fordi klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt og derfor ikke kunne danne grundlag for tildeling af kontrakten.

Ad påstand 12

Klageren har gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om det udbudte indkøb, eller at dette i hvert fald er overvejende sandsynligt, og at klageren derfor har krav på erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren har nærmere anført, at indklagede har begået flere grove fejl. Kravene til beviset for klagerens tab skal derfor lempes. Klagenævnet har ved kendelsen af 12. marts 2009 konstateret, at flere af de delkriterier, indklagede havde fastsat, var ulovlige. Når tilbuddene vurderes alene efter de underkriterier og delkriterier, der var lovlige, således at de ulovlige kriterier lades ude af betragtning, kan det konstateres, at klagerens tilbud er det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Hvis udbudsproceduren ikke var blevet annulleret, skulle klageren derfor have været tildelt kontrakten. Indklagede kan ikke frigøre sig fra et erstatningsansvar ved at annullere udbudsproceduren, uanset om annulation kunne ske sagligt.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har krav på erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse.

Indklagede har nærmere anført, at kravene til beviset for klagerens tab ikke skal lempes som følge af de fejl, indklagede har begået. Det giver ikke mening at vurdere tilbuddene udelukkende i forhold til de lovlige underkriterier og delkriterier for på denne måde at konstatere, om klagerens tilbud må anses som det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Allerede af denne grund er klageren afskåret fra at få tilkendt erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse. Det forhold, at indklagede annullerede udbudsproceduren, afskærer også et sådant krav. Indklagede var forpligtet til at annullere udbudsproceduren, idet udbudsbetingelserne var behæftet med væsentlige, retlige mangler. Indklagedes beslutning om annulation var herudover begrundet i indklagedes overvejelser om at foretage anskaffelserne ved brug af SKI rammeaftalerne i stedet for at indgå kontrakt på grundlag af udbuddet. Indklagede besluttede efterfølgende at gøre brug af SKI aftalerne. Af disse grunde var indklagedes annulation af udbudsproceduren lovlig. Det forhold, at indklagede også begik fejl, efter at tilbuddene var modtaget, ændrer ikke ved, at annulationen afskærer klageren fra at få erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse. Hertil kommer, at de fejl, indklagede begik efter modtagelsen af tilbuddene, er afledt af fejlene i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 13

Klageren har gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at klageren under udbuddet afgav tilbud, og at klageren således har krav på erstatning beregnet som negativ kontraktinteresse.

Klageren har nærmere anført, at klageren var berettiget til at forvente, at udbudsbetingelserne var lovlige, og at indklagede gennemførte en professionel og forsvarlig vurdering af tilbuddene. Udbudsbetingelserne var imidlertid ikke lovlige, og indklagede gennemførte ikke en professionel og forsvarlig vurdering. Hvis klageren på forhånd havde været bekendt med disse forhold, ville klageren ikke have afgivet tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har krav på erstatning beregnet som negativ kontraktinteresse.

Indklagede har nærmere anført, at kravet om årsagsforbindelse ikke er opfyldt. Klageren kunne således allerede, da klageren modtog udbudsbetingelserne, konstatere de grove og åbenbare fejl, der fandtes heri. Uanset dette valgte klageren at afgive tilbud. Klageren accepterede dermed risikoen for, at udgifterne forbundet med afgivelse af tilbud kunne vise sig at være forgæves, herunder fordi fejlene kunne give grundlag for en beslutning om annullation af udbudsproceduren.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved vurderingen af, om indklagede efter de almindelige erstatningsregler har handlet ansvarspådragende, lægger Klagenævnet vægt på, at de udbudsbetingelser, indklagede havde fastsat, på en række punkter var ulovlige, jf. Klagenævnets kendelse af 12. marts 2009 ad påstand 1 – 7 og påstand 10. Klagenævnet lægger endvidere vægt på, at også indklagedes evaluering af tilbuddene var behæftet med retlige mangler, jf. kendelsen af 12. marts 2009 ad påstand 8 og 9. Indklagede har således handlet ansvarspådragende.

Ad erstatningskravet:

Spørgsmålet er herefter, om klageren er afskåret fra at få erstatning som følge af indholdet af klagerens tilbud, idet indklagede har gjort gældende, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt.

Det er i udbudsbetingelsernes punkt 2.2 fastsat, at tilbud for at blive taget i betragtning under evalueringen skal indeholde en »Aktuel referenceliste med beskrivelse af sammenlignelige leverancer, med angivelse af kontaktpersoner«.

Klagerens tilbud indeholdt en »Referenceliste« med oplysning om navnene på en række kommuner og på nogle »Fællesindkøb« for kommuner samt angivelse af kontaktpersoner. Ved brev af 13. november 2008 underrettede indklagede tilbudsgiverne om resultat af evalueringen af tilbuddene. Det fremgår heraf, at indklagede ikke havde afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, men derimod havde inddraget klagerens tilbud i evalueringen.

På denne baggrund er der ikke grundlag for at fastslå, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt.

Spørgsmålet er dernæst, om det forhold, at indklagede den 21. november 2008 besluttede at annullere udbudsproceduren, medfører, at klageren er afskåret fra at få erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse, jf. påstand 12.

Under hensyn til de fejl, Klagenævnet har konstateret i udbudsbetingelserne, og til de fejl, indklagede begik under evalueringen af tilbuddene, har indklagedes annullation af udbudsproceduren været sagligt begrundet.

Ved at annullere en fejlbehæftet udbudsprocedure får den ordregivende myndighed mulighed for at gennemføre en ny udbudsprocedure uden fejl. Der vil som udgangspunkt ikke være grundlag for at pålægge en ordregivende myndighed, der med en saglig begrundelse annullerer en udbudsprocedure, at betale en tilbudsgiver erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse.

Det er Klagenævnets vurdering, at der ikke i denne sag foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, at der er grundlag for at fravige det nævnte udgangspunkt.

Da klageren herefter ikke har krav på erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse, tager Klagenævnet ikke påstand 12 til følge.

I relation til påstand 13 er det sandsynliggjort, at klageren ville have undladt at afgive tilbud, hvis klageren havde været bekendt med, at indklagede ikke ville gennemføre en professionel og forsvarlig evaluering, men derimod en evaluering behæftet med de fejl, Klagenævnet har konstateret ad påstand 8 og 9.

Da betingelserne for at tilkende klageren et erstatningskrav beregnet som negativ kontraktinteresse herefter er opfyldt, tages klagerens påstand til følge med et skønsmæssigt fastsat beløb på 50.000 kr.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Varde Kommune, skal til klageren, Lyreco Danmark A/S, betale 50.000 kr. med procesrente fra den 12. december 2008.

Indklagede skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 10.000 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 Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 2.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig