

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Helle Bøjen Larsen, Thomas Grønkær)

J.nr.: 2008-0018063

5. november 2009

K E N D E L S E

Saver Comfort ApS
(advokat Ole Husum, Grenå)

mod

Region Midtjylland
(advokat Tina Braad, Århus)

Den 23. april 2009 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende en klage, som Saver Comfort ApS den 14. november 2008 havde indgivet mod Region Midtjylland. Den 1. juli 2009 har Saver Comfort ApS indgivet en yderligere klage mod indklagede vedrørende spørgsmålet om erstatning. Sagen har været behandlet på et møde den 21. september 2009. Klagenævnet har besluttet i første omgang alene at behandle spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger erstatningspådragende forhold og i bekræftende fald, om der foreligger årsagssammenhæng mellem dette erstatningsansvar og et tab opgjort efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse, subsidiært mellem dette erstatningsansvar og et tab opgjort efter reglerne om negativ kontraktsinteresse.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 6

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 9.079.818,70 kr. med procesrente fra 14. november 2008.

Påstand 7 (subsidiær i forhold til påstand 6)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 8.045.614,70 kr. med procesrente fra 14. november 2008.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 143.625 kr. med procesrente fra den 14. november 2008.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 6 således:

Dækningsbidrag vedrørende lægevagtskørsel i områderne Horsens, Århus, Silkeborg, Randers og Djursland 9.079.818,70 kr. Beløbet er opgjort på baggrund af det bilagsmateriale, som klageren har fået fra indklagede vedrørende antal vagter, tidspunkt og afregning og som gennemsnitsberegninger og med indregnet udgift til brændstof og administration m.v. Beløbet under denne påstand er tillige beregnet ud fra den afregningsform, der af indklagede er foretaget overfor Randers Taxa og Silkeborg Taxa og med tillæg for forlængede vagter og afhentning og aflevering af lægen. Vagternes timetal er taget ud fra et gennemsnit beregnet ud fra en gennemsnitsvagt udført af Randers Taxa.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 7 således:

Dækningsbidrag vedrørende lægevagtskørsel i områderne Horsens, Århus, Silkeborg, Randers og Djursland 8.045.614,70 kr. Beløbet er opgjort som under påstand 6, men uden tillæg for forlængede vagter og afhentning og aflevering af lægen.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 8 således:

a. Klagerens tidsforbrug i forbindelse med udarbejdelse af tilbud.	14.875 kr.
b. Udgift til revisor	43.750 kr.
c. Udgift til advokat	85.000 kr.
	143.625 kr.

Indklagede har størrelsesmæssigt bestrid samtlige poster i klagerens erstatningsopgørelser.

Vognmand Søren Husum, der er direktør i det klagende selskab, har forklaret, at han ved at omsætte indklagedes grafer til tal har konstateret, at indklagedes model vedrørende pointberegning er forkert. Også indklagedes ud-

regning er forkert. Anvendes de rigtige tal og grafer, ville klageren have vundet i 5 af de 7 distrikter. Da han hørte, hvilke selskaber, der havde fået kontrakterne, rettede han henvendelse til indklagede. Han fik efter nogle rykkere tilsendt et evalueringsskema, men han kunne på grund af anonymisering ikke læse det. Herefter gik han til advokat, der klagede til Konkurrencestyrelsen, der meddelte, at priserne ikke måtte offentliggøres. Gennem kolleger fandt han ud af, at der var uregelmæssigheder i evalueringsskemaet, og han fik gennem en sag i Klagenævnet yderligere oplysninger. Han klagede til Statsforvaltningen, hvorefter han omkring 1. april 2008 kom i besiddelse af et evalueringsskema.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 23. april 2009 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Påstand 1:

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at tage tilbuddet fra Randers Taxa i betragtning, uagtet dette tilbud ikke opfyldte følgende betingelse i udbudsbetingelserne:

- a. Fremlæggelse af regnskab for det seneste år.

Påstand 2:

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at fastsætte underkriteriet »Erfaring med lignende opgaver«, uagtet dette kriterium er et udvælgelseskriterium, som ikke er egnet til at anvendes som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Påstand 3:

Indklagede har overtrådt det EU-retlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincip dels ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene at have lagt en timepris på alle tilbud undtagen tilbuddene fra Århus Taxa og Serviceselskabet for Vagtlæger i Region Midt ApS, uagtet det af udbudsbetingelserne fremgik, at udgiften til forlængede vagter ville blive honoreret særskilt, dels ved i sine svar under udbudsforretningen ikke klart at have tilkendegivet, om køretid ved forlængede vagter og i forbindelse med afhentning af lægen ville blive honoreret særskilt, hvilket bevirkede, at klage-

rens tilbud ikke blev vurderet på korrekt grundlag i forhold til de øvrige tilbud.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de pågældende 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.

Klageren har vedrørende påstand 1 gjort gældende, at indklagede begik en grov fejl ved at tage tilbuddet fra Randers Taxa i betragtning.

Klageren har vedrørende påstand 2 gjort gældende, at underkriteriet »Erfaringer med lignende opgaver« var et af de helt afgørende momenter ved vurderingen af tilbuddene. Indklagedes manglende kendskab til et så grundlæggende område i udbudsreglerne som tildelings- og udvælgelseskriterier er et skærpende moment i bedømmelsen af indklagedes overtrædelse.

Klageren har vedrørende påstand 3 gjort gældende, at indklagede har begået en grov fejl ved at foretage en urigtig vurdering af klagerens tilbud. Såfremt indklagede havde foretaget en korrekt pointtildeling ville klageren have afgivet det mest fordelagtige tilbud i områderne Horsens, Århus, Silkeborg, Randers og Djursland.

Klageren har endelig bestridt, at erstatningskravet er bortfaldet som følge af passivitet. Der blev indgivet klage til Klagenævnet umiddelbart efter, at klageren havde fået kendskab til indklagedes evalueringer.

Indklagede har vedrørende overtrædelserne i påstand 1 og 3 gjort gældende, at de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har nærmere anført, at den fejl indklagede begik ved at tage tilbuddet fra Randers Taxa i betragtning, var ubetydelig, idet udbudsbetingelserne ikke stillede krav om, at minimumsoplysningerne herunder regnskab for det seneste år skulle afleveres sammen med tilbuddet. Det drejer sig endvidere om en faktisk oplysning, hvor det ikke er en fordel for tilbudsgiveren at have mere tid.

Indklagede har vedrørende overtrædelsen i påstand 2 erkendt, at indklagedes adfærd er ansvarspådragende. Indklagedes uberettigede anvendelse af det pågældende underkriterium kan have haft indflydelse på tilbudsgivernes afgivelse af tilbud.

Indklagede har vedrørende overtrædelsen i påstand 3 gjort gældende, at Randers Taxa og Serviceselskabet for Vagtlæger i Region Midt ApS tilbød en fast pris for vagten uanset vagtens længde, mens de øvrige tilbudsgivere krævede ekstrabetaling for forlængede vagter, hvorfor indklagede for de øvrige tilbudsgivere var berettiget til at tage højde den af tilbudsgiveren tilbødte timepris i forbindelse med forlængede vagter.

Indklagede har endelig gjort gældende at klageren har udvist passivitet ved først efter, at Klagenævnet havde annulleret indklagedes tildelingsbeslutning i en anden sag at have indgivet klage til Klagenævnet, og at klagerens eventuelle erstatningskrav som følge af denne passivitet er bortfaldet.

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende påstand 6 og 7 gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om den udbudte tjenesteydelse i 5 distrikter, eller at det i hvert fald er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, og at klageren derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren har vedrørende påstand 8 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab opgjort som de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden under udbuddet afgav tilbud, og at klageren således har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse.

Indklagede har vedrørende påstand 6 og 7 gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået kontrakten, at klageren heller ikke har ført bevis for, at det er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse. Dertil kommer, at klageren ikke kunne få tildelt kontrakten,

idet udbuddet som følge af at Klagenævnets kendelse af 30. maj 2008 ikke kunne danne grundlag for kontraktstildeling.

Indklagede har vedrørende påstand 8 gjort gældende, at den udgift, som klageren har haft, er en følge af den risiko for forgæves afholdte udgifter, der er forbundet med at afgive tilbud under udbud.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

De overtrædelser af EU-udbudsreglerne, som Klagenævnet har konstateret ved kendelsen af 23. april 2009 (påstand 1, 2 og 3) er overtrædelser af en sådan beskaffenhed, at indklagede efter dansk rets almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren som tilbudsgiver.

Ad erstatningskravet:

Ad påstand 6 og 7

Klagenævnet finder det ikke bevist eller sandsynliggjort i overvejende grad, at klageren ville have fået tildelt den udbudte tjenesteydelse helt eller delvis, hvis indklagede ikke havde begået de overtrædelser, der er omhandlet i sagen. Der er herefter ikke grundlag for at tillægge klageren en erstatning til dækning af mistet fortjeneste, dvs. positiv opfyldelsesinteresse.

Ad påstand 8

Klageren findes i forbindelse med sin tilbudsafgivelse ikke at have kunnet forudse, at indklagede ville begå ulovligheder som konstateret i kendelsen af 23. april 2009. Det findes i denne forbindelse ikke at have påhvilet klageren ikke at afgive tilbud som følge af klagerens opfattelse vedrørende indklagedes anvendelse af et ulovligt tildelingskriterium. Klageren er derfor berettiget til at få sine omkostninger vedrørende den forgæves afgivelse af tilbud dækket.

Herefter bestemmes:

Klagenævnet konstaterer, at indklagede ved overtrædelserne anført i påstand 1-3 har handlet ansvarspådragende over for klageren, og at der er årsagssammenhæng mellem indklagedes ansvarspådragende adfærd og klagerens tab opgjort som negativ kontraktsinteresse.

Indklagedes skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 10.000 kr.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig