

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Erik Hammer, Ole Bajda Nielsen)

J.nr.: 2007-0014633

27. maj 2009

K E N D E L S E

Serviceselskabet for vagtlæger i Region Midt ApS
(advokat Klaus Antonsen, Århus)

mod

Region Midtjylland
(Tina Braad, Århus)

Den 30. maj 2008 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1-6. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstande om erstatning påstand 7, 8 og 9, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 11. september 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 7

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 10.284.974 kr. med procesrente fra den 29. oktober 2007.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 10.284.974 kr. med procesrente fra den 29. oktober 2007.

Påstand 9 (subsidiær i forhold til påstand 8)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 320.000 kr. med procesrente fra den 29. oktober 2007.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 7 og 8 således:

Forventet omsætning:

1. Maj 2007 – maj 2008	19.358.500	kr.
2. Maj 2008 – maj 2009	19.358.500	kr.
I alt	38.717.000	kr.

Omkostninger:

3. Maj 2007 – maj 2008	14.216.013	kr.
4. Maj 2008 – maj 2009	14.216.013	kr.
I alt	28.432.026	kr.

Forventet omsætning i alt	38.717.000	kr.
Omkostninger i alt	28.432.026	kr.
Dækningsbidrag	10.284.974	kr.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 9 således:

Interne udgifter:

Klagerens tidsforbrug under udbudsproceduren herunder gennemførelse af kalkulationer, interne møder, klagerens tidsforbrug under klagesagen omkostningerne herved og øvrige udgifter i forbindelse med afgivelse af tilbud

110.000 kr.

Eksterne udgifter:

a. Udgifter til revisor	10.000	kr.
b. Udgifter til advokat – tilbudsfasen	50.000	kr.
c. Udgifter til advokat – klagesagen	200.000	kr.
Eksterne udgifter i alt	260.000	kr.
d. Tilkendte omkostninger	50.000	kr.
i alt	210.000	kr.

Interne omkostninger	110.000	kr.
Eksterne omkostninger	210.000	kr.
I alt	320.000	kr.

Indklagede har størrelsesmæssigt bestridt samtlige poster i klagerens erstatningsopgørelse.

Klagerens revisor, der har beregnet klagerens krav, har på baggrund af klagerens budget for 2006 den 28. september 2007 afgivet en erklæring vedrørende »opgørelse af mistet dækningsbidrag i udbudsperioden.....«. Det fremgår af denne erklæring, at grundlaget for budgettet er foreliggende opgørelser fra 5 vognmænd, der har udført lægevagtkørsel i Århus Amt de seneste år. Revisoren oplyser følgende:

»Opgørelserne er udarbejdet på grundlag af de deltagende vognmænds årsrapporter, og er dermed udtryk for de omkostninger disse vognmænd havde, for at kunne præstere den nødvendige og kvalitetsmæssige gode kørsel for vagtlæger, som herefter er omregnet til omkostninger pr. vagt.

Ud af disse 5 årsrapporter har jeg revideret 2 af årsrapporterne, og de nøgletal for omkostninger gruppen tilsammen har, svarer til de nøgletal jeg har kendskab til, ud fra min revision af de 2 årsrapporter.

.....«

Indklagede har i »Oversigt over »hypotetisk« prioritering af kørselstilbud i enkeltområder, excl. erfaring, hvor pris- og servicekriterierne er opjusteret forholdsmæssigt« beregnet »samlet score« for de 19 bydende virksomheder. Resultatet af beregningen er således:

»Denne prioritering indebærer, at både Silkeborg Taxi og Randers Taxa fortsat ville vinde de distrikter, som de faktisk har vundet, mens eneste ændring ville være, at Centralforeningen af Taxiforeninger i Danmark ville vinde opgaven i Ringkøbing-distriktet (vinder på 3. decimal over Herning Taxa), således at Falke Taxi kun ville vinde Skive Viborg-distriktet.«

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 30. maj 2008 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Ad påstand 1:

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

»Fremlæggelse af regnskab for det seneste år.«

Ad påstand 2:

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at fastsætte underkriteriet A.»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 bud«.

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 afgav tilbud uden at få kontrakten.

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

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

Indklagede har gjort gældende, at den konstaterede overtrædelse i påstand 1 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.

Ad erstatningskravet:Ad påstand 7 og 8

Klageren har i første række gjort gældende, at der er årsagsforbindelse mellem indklagedes ansvarspådragende adfærd og det tab, som indklagede gør gældende, da klageren, hvis indklagede ikke havde handlet ansvarspådragende, ville have fået de kontrakter om lægevagtskørsel, som klageren havde afgivet tilbud på, eller da det i hvert fald er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået disse kontrakter. Klageren har derfor krav på en erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse, som på grundlag af revisorerklæringen kan opgøres som anført i påstand 7. Klageren har i anden række gjort gældende, at klageren i hvert fald ville have fået alle de kontrakter, som klageren afgav tilbud på, bortset fra lægevagtskørslen i Silkeborg distrikt.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er årsagsforbindelse mellem indklagedes ansvarspådragende adfærd og et tab opgjort som positiv opfyldelsesinteresse, da klageren ikke har ført bevis for eller sandsynliggjort, at klageren ville have fået kontrakterne for de distrikter, som klageren afgav tilbud på, hvis de konstaterede fejl ikke var begået. Indklagede har blandt andet anført, at indklagede, hvis der under evalueringen af tilbuddene var blevet bortset fra underkriterium C. »Erfaring med lignende opgaver«, således at alene underkriterium A. »Pris« og underkriterium B. »Service og kvalitet skulle anvendes, ville være nået til at ingen af klagerens tilbud var blevet vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede har i øvrigt anført, at samtlige poster er udokumenterede og baseret på historiske tal. Dertil kommer, at klagerens budget forudsætter, at klageren skulle være tildelt samtlige de distrikter, klageren afgav tilbud på. Indklagede har endvidere gjort gældende, at hovedparten af ejerne bag klageren er personligt drevne virksomheder eller selskaber eller virksomheder/selskaber, der må sidestilles hermed, og hvor ejeren derfor helt eller delvist selv skulle udføre de udbudte lægevagtskørsler. Der har derfor påhvilet disse ejere en pligt til at påtage sig andet arbejde for at begrænse tabet. Klageren er derfor i givet fald udelukkende berettiget til erstatning af de enkelte virksomheders driftsheroverskud.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at der i hvert fald er årsagssammenhæng mellem indklagedes ansvarspådragende adfærd og det tab, som klageren har haft i forbindelse med klagerens afholdelse af udgifter til den forgæves afgivelse af tilbud, og at klageren derfor har krav på erstatning beregnet som negativ kontraktsinteresse.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er årsagsforbindelse mellem indklagedes ansvarspådragende adfærd og de udgifter til udarbejdelse af tilbud, som klageren har haft. Indklagede har anført, at klageren valgte at udarbejde og afgive tilbud, selvom klageren, før tilbuddet blev afgivet, kunne konstatere den overtrædelse som er anført i påstand 2, samt at overtrædelsen anført i påstand 1 er uden betydning for klagerens beslutning om at afgive tilbud.

Såfremt Klagenævnet måtte finde at klageren er berettiget til erstatning for klagerens forgæves afholdte udgifter til afgivelse af tilbuddet, har indklagede gjort gældende, at det af klageren opgjorte tab er helt udokumenteret. Endelig har indklagede gjort gældende, at klagerens tidsforbrug under klagesagen og klagerens udgifter til advokat og revisor i forbindelse med klagesagen er dækket af de tilkendte omkostninger i forbindelse med klagesagen.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Begge de overtrædelser af EU-udbudsreglerne, som Klagenævnet har konstateret ved kendelsen af 30.maj 2008 (påstand 1 og påstand 2) er overtrædelser af en sådan beskaffenhed, at indklagede efter dansk rets almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren som tilbudsgiver.

Ad erstatningskravet:Ad påstand 7 og 8

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 9

Klageren findes i forbindelse sin tilbudsafgivelse ikke at have kunnet forudse, at indklagede ville begå ulovligheder som konstateret i kendelsen af 30. maj 2008. 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 tilbudsafgivelsen dækket.

Klagerens angivelse af, at klagerens udgift til udarbejdelse af tilbud har udgjort 320.000 kr. er udokumenteret og bygger ikke på nogen opgørelse af tidsforbrug ol. Klagenævnet kan herefter ikke lægge dette beløb til grund ved udmålingen af negativ kontraktsinteresse.

Der tillægges klageren et skønsmæssigt fastsat beløb på 60.000 kr. til dækning af klagerens udgifter i forbindelse med tilbudsafgivningen. Beløbet dækker ikke advokatudgifter og andre udgifter i forbindelse med sagen for Klagenævnet, da sådanne udgifter er omfattet af de sagsomkostninger, der er tillagt klageren ved kendelsen af 30. maj 2008 og ved denne kendelse.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Region Midtjylland, skal til klageren, Serviceselskabet for vagtlæger i Region Midt, betale 60.000 kr. med procesrente fra den 29. oktober 2007.

Indklagede skal i yderligere omkostninger til klageren betale 10.000 kr.

Beløbene skal betales inden 8 uger efter, 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.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig