

K E N D E L S E

GlobalConnect A/S og
Zibra Wireless ApS
(advokat Michael Brandt, København)

mod

Randers Kommune
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Den 24. august 2017 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1 i sagen. Klagenævnet tog ikke påstanden til følge.

Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af GlobalConnect A/S og Zibra Wireless ApS' påstand 2 om erstatning, indtil klagenævnet havde taget stilling til påstand 1. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

GlobalConnect A/S og Zibra Wireless ApS (herefter GlobalConnect og Zibra) har nedlagt følgende påstande:

Påstand 2.1.

Randers Kommune tilpligtes til GlobalConnect og Zibra at betale 11.982.531 kr., subsidiært et af klagenævnet fastsat mindre beløb, med procesrente fra den 13. juni 2016, subsidiært fra et senere tidspunkt.

Påstand 2.2. (subsidiær i forhold til påstand 2.1.)

Randers Kommune tilpligtes til GlobalConnect og Zibra at betale 256.700 kr., subsidiært et af klagenævnet fastsat mindre beløb, med procesrente fra den 13. juni 2016, subsidiært fra et senere tidspunkt.

Randers Kommune har principalt påstået afvisning, subsidiært frifindelse, mere subsidiært frifindelse med betaling af et mindre beløb end påstået af GlobalConnect og Zibra.

GlobalConnect og Zibra har oplyst, at beløbet i påstand 2.1. er virksomhedernes erstatning i form af *positiv opfyldelsesinteresse*. Kravet er opgjort således:

”Klagers tab for positiv opfyldelse kan opgøres som følger:

Klagers tab opgøres i henhold til beregninger opgjort ud fra GlobalConnects samlede tilbudspris DKK 49.942.737.

...

Som det fremgår af bilag 17 er klagers omkostninger i perioden 2017 til 2027 som følger

Omkostninger

Kommunens net	DKK	38.230.878
*Fra 216 til 255 lokaliteter	DKK	2.005.688
Ekstra installationer	DKK	3.487.500
Ekstra kommuneleje	DKK	3.417.188
Erhvervsfremme/private	<u>DKK</u>	<u>8.612.333</u>
Omkostninger i alt	DKK	55.753.586

*Posten er medtaget, da Netplan har beregnet tilbuddet med 255 lokaliteter fremfor 216 lokaliteter i klagers Business Case.

I bilag 17 beregnes klagers indtægter i perioden 2017 til 20[2]7 som følger:

Indtægter

Lejeindtægter net,	DKK	32.321.460
**Fra 216 til 255 lokaliteter	DKK	3.616.080
Ekstra installationer	DKK	750.000
Ekstra lejeindtægter	DKK	9.204.000
Erhvervsfremme/private	<u>DKK</u>	<u>25.734.683</u>

Indtægter i alt DKK 71.626.223

**Posten er medtaget, da Netplan har beregnet tilbuddet med 255 lokaliteter fremfor 216 lokaliteter i klagers Business Case.

Indtægterne undtaget ”Erhvervsfremme” – DKK 18.899.750 – udgør DKK 45.891.540, hvilket beløb tillagt ca. DKK 1.100.000 og ca. DKK 3.000.000 for henholdsvis diverse installationsindtægter og drift af diverse tillægsydelser, svarer til tilbudsprisen beregnet af Netplan til DKK 49.942.737, jf. klagesagens bilag G. Klager har i sine beregninger ikke medtaget de to nævnte poster, da klager har vurderet, at indtægterne herfra vil gå op med merudgifterne til medarbejdere.

Klager har ud fra ovenstående omkostninger og indtægter for perioden 2017 til 2027 beregnet et cashflow akkumuleret med renter på DKK 13.147.631, jf. bilag 17.

Klagers krav er herefter beregnet til en tilbagediskonteret nutidsværdi på DKK 11.982.531, jf. bilag 17... ”

GlobalConnect og Zibra har oplyst, at beløbet i påstand 2.2. er virksomhedernes erstatning i form af *negativ kontraktinteresse*. Beløbet er opgjort på baggrund af timeforbrug, herunder timeforbrug i forbindelse med udarbejdelse af tilbuddet og i forbindelse med præsentationsmøde. Medarbejdernes timepriser varierer og kan opdeles i kategori ”1”, ”2” og ”3” på henholdsvis 600 kr., 800 kr. og 1.500 kr. Kravet er opgjort således:

”Tidsforbrug Randers Kommune udbud

	Timer		Kategori		I alt
	Møder	Arb tid			
Tomas Toft	4	26	1	600	18000
Kim B	2	5	2	800	5600
Thomas F	9	25	3	1500	51000
Kirsten	6	75	1	600	48600
John	1		3	1500	1500
Henrik E	4	25	2	800	23200
Kasper L	4	50	1	600	32400
Christian A	3	3	3	1500	9000
Carsten P		8	3	1500	12000
Carina		3	1	600	1800
Kent	1		3	1500	1500
Christian H	1		3	1500	1500
Louise CM	1	0	1	600	600
Visti	6	0	1	600	3600
Præsentationsmøde					

Thomas T	4		1	600	2400
Kim B	4		2	800	3200
Thomas F	8		3	1500	12000
Trine	8		1	600	4800
Carsten P	8		3	1500	12000
Lars L	8		3	1500	12000
					256700

...”

GlobalConnect og Zibras påstande under klagesagen og afsagte kendelser

Den 13. juni 2016 indgav GlobalConnect og Zibra klage til Klagenævnet for Udbud over Randers Kommune. Klageskriftet indeholdt følgende påstande:

”[Påstand 1]

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Randers Kommune uberettiget har tildelt kontrakten til Stofa Erhverv, da Stofa Erhverv ikke har været prækvalificeret og således ikke opfylder betingelserne for deltagelse i udbuddet, jf. Udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.1.

[Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)]

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Randers Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Stofa Erhverv trods væsentlige mangler i Stofa Erhvervs tilbud for så vidt angår erhvervsfremme og ved en forkert vægtning af kriteriet ”Pris WAN””

GlobalConnect og Zibra havde ikke formelt nedlagt en påstand om annullation, men under hensyn til indholdet af de nedlagte påstande og de anbringender, som blev gjort gældende til støtte for påstandene, måtte klagen imidlertid forstås på den måde, at GlobalConnect og Zibra også nedlagde påstand om, at beslutningen om at tildele kontrakten til Stofa Erhverv skulle annulleres.

I forbindelse med klageskriftet fremsatte GlobalConnect og Zibra anmodning om, at klagenævnet skulle tillægge klagen opsættende virkning. Ved kendelse af 13. juli 2016 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at betingelsen om ”fumus bonis juris” var opfyldt, men det var betingelsen om uopsættelighed ikke.

Randers Kommune meddelte den 2. august 2016 tilbudsgiverne, at udbuddet blev annulleret med begrundelse i budgetmæssige forhold og uantagelige tilbud.

GlobalConnect og Zibra nedlagde herefter påstand om, at klagenævnet skulle konstatere, at Randers Kommune uberettiget havde tildelt kontrakten til Stofa Erhverv, da Stofa Erhverv ikke havde været prækvalificeret og således ikke opfyldte betingelserne for at deltage i udbuddet. Randers Kommune blev opfordret til at oplyse, om kommunen tog bekræftende til genmæle over for påstanden.

Randers Kommune meddelte, at kommunen tog bekræftende til genmæle over for påstanden.

GlobalConnect og Zibra nedlagde herefter følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Randers Kommunes annullation af udbuddet er i strid med udbudsreglerne.

Påstand 2

Randers Kommune tilpligtes til GlobalConnect og Zibra at betale 11.982.531 kr. eller et af klagenævnet fastsat mindre beløb med tillæg af procesrente fra den 8. september 2016.”

Behandlingen af betalingspåstanden blev som nævnt udskudt, indtil klagenævnet havde taget stilling til påstand 1. Den 24. august 2017 afsagde klagenævnet kendelse om, at klagen ikke blev taget til følge.

Ad erstatningsgrundlaget og erstatningskravet

GlobalConnect og Zibra har indledningsvis gjort gældende, at hvis der bortses fra Stofa Erhvervs mangelfulde tilbud, afgav GlobalConnect og Zibra det bedste konditionsmæssige tilbud, og virksomhederne ville derfor have fået tildelt kontrakten på levering af WAN til Randers Kommune. Klagenævnet har ved kendelsen af 24. august 2017 fastslået, at Randers Kommunes annullation af udbuddet var saglig. I det følgende behandles derfor alene Randers Kommunes erstatningsansvar som følge af, at tildelingsbeslutningen var i strid med udbudsreglerne. Det er herefter GlobalConnect og Zibras opfattelse, at klagenævnets kendelse af 24. august 2017 er uden be-

tydning for dette erstatningsspørgsmål, idet der foreligger et selvstændigt ansvarsgrundlag ved den uretmæssige tildelingsbeslutning, da denne var i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Stofa Erhverv, som fik tildelt kontrakten, var ikke prækvalificeret. Som den eneste anden tilbudsgiver, burde GlobalConnect og Zibra derfor have været tildelt kontrakten, og den manglende tildeling har medført, at GlobalConnect og Zibra har lidt et tab, og det berettiger GlobalConnect og Zibra til erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse. Randers Kommunes beslutning om at tildele kontrakten til Stofa Erhverv udgør således et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag, der berettiger GlobalConnect og Zibra til erstatning for det lidte tab. Der kan ikke stilles krav om, at overtrædelsen af udbudsreglerne er culpøs, idet ansvarsgrundlaget alene skal vurderes på baggrund af, om udbudsreglerne er overtrådt. Randers Kommune har erkendt, at beslutningen om at tildele Stofa Erhverv kontrakten var uberettiget og i strid med udbudsreglerne. Der foreligger derfor det fornødne ansvarsgrundlag.

Det tab, der kræves erstattet, skal være en kausal følge af overtrædelsen. Der er kausalitet, når tabet ikke ville være aktuelt, hvis ikke den pågældende handling havde foreligget. Hovedspørgsmålet er, om det kan anses for godtgjort, at Randers Kommune ikke ville have antaget GlobalConnect og Zibras tilbud, hvis kommunen ikke havde tildelt kontrakten til Stofa Erhverv.

Østre Landsret har i afgørelse i B-3256-04 af 19. december 2005 (Morsø Kommune mod Køster Entreprise A/S) fastslået, at det ikke i sig selv er til hinder for et krav om positiv opfyldelsesinteresse, at en ordregiver har aflyst et udbud uden at indgå kontrakt. Det fremgår endvidere af afgørelsen i UfR 2012.2952 H, Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet, at bevisbyrden for, at ordregiveren ikke ville have antaget det næstbedste tilbud, påhviler ordregiveren.

Da Randers Kommune tildelte kontrakten til Stofa Erhverv, må det antages, at Stofa Erhvervs tilbud materielt var antageligt. Det er således ikke indholdet af tilbuddet, der har gjort tildelingen uretmæssig. Uretmæssigheden udspringer af de formelle mangler i forhold til den manglende prækvalificering af Stofa Erhverv. Da GlobalConnect og Zibras tilbud i henhold til den

vægtede karaktergivning opfyldte de samme kriterier som tilbuddet fra Stofa Erhverv, kan det ikke på det foreliggende grundlag anses for godtgjort, at det materielle indhold af GlobalConnect og Zibras tilbud var uantageligt. Tilbuddet var endvidere ikke behæftet med formelle mangler eller på anden vis uantageligt for Randers Kommune. Randers Kommune har heller ikke løftet bevisbyrden for, at der ikke kunne være opnået en ændret bevilling for at kunne acceptere GlobalConnect og Zibras tilbud.

Det må antages, at hvis Randers Kommune havde fastsat et krav om en særlig periodisering, ville GlobalConnect og Zibra have valgt at foretage denne periodisering eller alternativt, og med rette, få afvist sit tilbud som følge heraf. Den efterfølgende annullation ville således ikke have været saglig, da denne netop skete med henvisning til den manglende periodisering. Det må således antages, at hvis GlobalConnect og Zibra havde afgivet et tilbud, som var periodiseret, så ville Randers Kommune have været tvunget til at antage GlobalConnect og Zibras tilbud eller i hvert fald ikke kunne undlade dette uden at ifalde ansvar, og GlobalConnect og Zibra ville på dette grundlag kunne kræve positiv opfyldelse. Dette ville også gøre sig gældende, selv om prisen (TCO WAN) måtte have været højere som følge af kravet om periodisering.

GlobalConnect og Zibra vil under alle omstændigheder kunne kræve negativ kontraktinteresse, da GlobalConnect og Zibra alternativt kunne have undladt at afgive tilbud, hvis man ikke ønskede at periodisere vederlaget.

På baggrund af ovenstående fastholdes det, at GlobalConnect og Zibras tab er kausalt i forhold til Randers Kommunes ansvarspådragende handling.

Med henvisning til Østre Landsrets afgørelse i sag B-3256-04 og UfR 2012.2952 H har Randers Kommunes annullation af udbuddet uden at indgå kontrakt ikke afskåret GlobalConnect og Zibra fra at modtage erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse, og Randers Kommune har ikke løftet bevisbyrden for, at kommunen ikke ville have indgået kontrakt med GlobalConnect og Zibra under udbuddet.

Det tab, som GlobalConnect og Zibra har lidt, har desuden været en påregnelig følge af Randers Kommunes ansvarspådragende tildeling af kontrakten til Stofa Erhverv. En ordregiver må kunne påregne, at en tilbudsgiver lider et tab ved uretmæssigt ikke at få tildelt en udbudt kontrakt. Det må så-

ledes have stået Randers Kommune klart, at den uretmæssige tildelingsbeslutning kunne medføre, at GlobalConnect og Zibra led et tab som følge af den manglende antagelse af virksomhedernes konditionsmæssige tilbud.

Særligt vedrørende erstatningsopgørelsen ved *negativ kontraktinteresse* medfører et udbud af den størrelse, som denne sag omhandler, at der udføres opgaver i forbindelse med udbuddet, som alene blev udført, fordi GlobalConnect og Zibra aktivt valgte at afgive tilbud. Alternativt havde de pågældende medarbejdere kunnet udføre andet arbejde. Hvis GlobalConnect og Zibra havde været bekendt med, at der var et ikke oplyst mindstekrav om periodisering, så kunne man have valgt at undlade at byde og derved spare tidsforbruget på diverse medarbejdere. Det fastholdes, at opgørelsen over tidsforbruget er tilstrækkelig og efter omstændighederne ganske detaljeret. Der eksisterer ikke hos GlobalConnect og Zibra et tidsregistreringssystem, hvor der for hver enkelt tidsregistrering er en beskrivelse.

Ud fra en samlet betragtning er GlobalConnect og Zibras krav på ingen måde urimeligt. Der er tale om et omfattende udbud, hvor de to bydende parter afgav en pris på ca. 50 mio. kr. GlobalConnect og Zibras erstatningskrav er opgjort til 256.700 kr., hvilket udgør under 0,5% af budsummen.

Randers Kommune har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at GlobalConnect og Zibra efter klagenævnets kendelse af 24. august 2017 anerkender, at kommunens annullation af udbuddet var saglig. Det påståede erstatningsgrundlag angår alene den uretmæssige tildelingsbeslutning til Stofa Erhverv forud for kommunens lovlige annullation af udbuddet. GlobalConnect og Zibra har gjort gældende, at virksomhederne er berettigede til positiv opfyldelsesinteresse, idet de, hvis der bortset fra Stofa Erhvervs tilbud, havde afgivet det bedst konditionsmæssige tilbud og derfor ville have fået tildelt kontrakten. Det er korrekt, at GlobalConnect og Zibra afgav det eneste tilbud, hvis der ses bort fra tilbuddet fra Stofa Erhverv, der ikke var prækvalificeret. Det er derimod ikke korrekt, at GlobalConnect og Zibra ville have fået tildelt kontrakten. Dette følger af netop de årsager, der er grundlaget for Randers Kommunes annullation af udbuddet, som klagenævnet ved kendelsen af 24. august 2017 har fundet ikke var i strid med ligebehandlingsprincippet eller usaglig.

I hovedsagen nedlagde GlobalConnect og Zibra følgende to endelige påstande:

1. Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Randers Kommunes annullation af udbuddet var i strid med udbudsreglerne.
2. Randers Kommune tilpligtes til GlobalConnect og Zibra at betale 11.982.531 kr. eller et af klagenævnet fastsat mindre beløb med tillæg af procesrente fra den 8. september 2016. (Udskilt til særskilt behandling).

Ved Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. august 2017 udtalte klagenævnet: ”Efter det anførte var Randers Kommunes annullation af udbuddet som følge af budgetmæssige forhold ikke i strid med ligebehandlingsprincippet eller usaglig”. Selv hvis GlobalConnect og Zibra ændrede deres påstande i den allerede afgjorte hovedsag, således at der i de endelige påstande ikke var nedlagt påstand om, at beslutningen om tildeling af kontrakten til Stofa Erhverv var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, har klagenævnet ved kendelsen taget stilling til det forhold, som GlobalConnect og Zibra nu baserer deres erstatningspåstande på.

Det følger af klagenævnets kendelse af 14. januar 2008, LSI Metro Gruppen mod Metroselskabet I/S, at hvis klagenævnet i hovedsagen har taget stilling til en påstand, kan denne del ikke gøres til genstand for fornyet stillingtagen af klagenævnet i en sag, der udspringer af hovedsagen.

Ved klagenævnets kendelse af 24. august 2017 er det fastslået, at Randers Kommunes annullation ikke var i strid med ligebehandlingsprincippet og ikke var usaglig. Dermed er spørgsmålet om, hvorvidt kommunen skulle have tildelt kontrakten til GlobalConnect og Zibra i stedet for at annullere udbudsprocessen, allerede behandlet af klagenævnet og kan derfor ikke gøres til genstand for fornyet behandling ved klagenævnet.

Klagenævnet er derfor uberettiget til at prøve de nedlagte erstatningspåstande – principalt både for så vidt angår påstanden om positiv opfyldelsesinteresse og påstanden om negativ kontraktsinteresse, subsidiært for så vidt angår påstanden om positiv opfyldelsesinteresse.

Randers Kommune har til støtte for frifindelsespåstanden vedrørende *positiv opfyldelsesinteresse* gjort gældende, at betingelserne for at blive pålagt at betale erstatning efter dansk rets almindelige erstatningsregler ikke er opfyldt.

Det følger af fast klagenævnsspraksis, at ordregiveren skal have overtrådt udbudsreglerne, for at der foreligger et ansvarsgrundlag. Det forhold, at Randers Kommune under hovedsagen anerkendte, at kommunens beslutning om at tildele kontrakten til Stofa Erhverv var uberettiget, medfører ikke et ansvarsgrundlag. Randers Kommune anerkender, at der blev begået en fejl ved tildelingsbeslutningen til fordel for Stofa Erhverv, der ikke var prækvalificeret, men dette havde ingen betydning for, om GlobalConnect og Zibra ville have fået tildelt kontrakten. Når GlobalConnect og Zibra ikke blev tildelt kontrakten, skyldtes det dog ikke, at kontrakten i første omgang blev tildelt Stofa Erhverv (tildelingsbeslutningen kunne have været omgjort), men derimod bl.a., at GlobalConnect og Zibras periodisering af omkostningerne medførte, at Randers Kommune ikke kunne antage tilbuddet som følge af de budgetmæssige rammer. Annullationen var – som bekræftet af klagenævnet ved kendelsen af 24. august 2017 – saglig, og det bekræfter, at det ikke var muligt at tildele kontrakten til GlobalConnect og Zibra. Den lovlige annullation medfører således, at der ikke er et ansvarsgrundlag.

Randers Kommune afviser, at GlobalConnect og Zibra ville være blevet tildelt kontrakten, hvis ikke kommunen havde tildelt kontrakten til Stofa Erhverv. GlobalConnect og Zibras periodisering af omkostningerne medførte, at kommunen ikke kunne antage tilbuddet inden for de budgetmæssige rammer. Randers Kommune havde forventet, at tilbudsgivernes periodisering af omkostninger var jævn over kontraktperioden, hvilket ikke var tilfældet i GlobalConnect og Zibras tilbud. Hvis Randers Kommune skulle have antaget tilbuddet, ville dette have krævet en yderligere budgetmæssig godkendelse.

Klagenævnets konstatering af, at annullationen ikke var i strid med ligebehandlingsprincippet eller var usaglig, viser, at det ikke var muligt for kommunen at tildele kontrakten til GlobalConnect og Zibra. Dermed er der ikke årsagssammenhæng mellem tildelingsbeslutningen til fordel for Stofa Erhverv og det forhold, at Randers Kommune ikke indgik kontrakt med GlobalConnect og Zibra.

Kravet om årsagssammenhæng er dermed ikke opfyldt.

Denne sag adskiller sig markant fra Østre Landsrets dom af 19. december 2005, Morsø Kommune mod Køster Entreprise A/S, idet årsagen til Randers Kommunes annullation ikke var kommunens fejl, men bl.a. budget-

mæssige forhold, som medførte, at tilbuddet fra GlobalConnect og Zibra ikke periodiseringsmæssigt kunne antages inden for de bevillingsmæssige rammer.

Sagen er også væsentlig forskellig fra Højesterets dom af 15. juni 2015 gengivet i UfR 2012.2952 H. Kystdirektoratet havde været forpligtet til at se bort fra det antagne tilbud, og da Kystdirektoratet ikke havde sandsynliggjort, at direktoratet ville have annulleret udbuddet i stedet for at antage tilbuddet fra Montaneisen, havde Montaneisen krav på erstatning, der blev fastsat skønsmæssigt. I denne sag annullerede Randers Kommune udbuddet og dokumenterede derfor på tydeligste vis at ville annullere udbudsprocessen i stedet for indgå kontrakt med GlobalConnect og Zibra.

GlobalConnect og Zibras tabsopgørelse for positiv opfyldelsesinteresse er udokumenteret på det foreliggende grundlag, hvor der alene er henvist til overordnede og udokumenterede omkostninger og indtægter.

Særligt vedrørende *negativ kontraktinteresse* har Randers Kommune gjort gældende, at det kræves, at GlobalConnect og Zibra kan dokumentere, at den fejl, som Randers Kommune har begået, har virket bestemmende på GlobalConnect og Zibra dispositioner ved tilbudsafgivelsen, og dermed at forudsætningerne for at deltage i udbuddet er svigtet.

Efter annullationen af udbuddet har Randers Kommune foretaget visse ændringer (herunder i forhold til budgetmæssige forudsætninger) af udbudsmaterialet og genudbudt kontrakten. GlobalConnect og Zibra har også afgivet tilbud ved genudbuddet, hvorfor det gøres gældende, at de budgetmæssige forhold, der bl.a. var årsagen til annullationen, ikke har været en svigtende forudsætning for GlobalConnect og Zibra.

Der er således ikke årsagssammenhæng mellem det forhold, at GlobalConnect og Zibra har haft omkostninger ved at udarbejde tilbud, og det forhold, at udbuddet blev annulleret.

Vedrørende erstatningsopgørelsen udgør det tidsforbrug, som GlobalConnect og Zibra har haft, ikke et økonomisk tab, men alene en almindelig omkostning ved at drive erhvervsvirksomhed, og GlobalConnect og Zibra har ved at afgive tilbud accepteret risikoen for, at omkostningerne i den forbindelse kan være nyttesløse. Ved opgørelse af erstatningen for negativ

kontraktsinteresse kan en tilbudsgiver alene få dækket sine direkte interne omkostninger ved udarbejdelsen af tilbuddet. Hermed forstås faktisk afholdte omkostninger til medarbejdere. Opgørelsen skal være veldokumenteret.

GlobalConnect og Zibra har anført det antal timer, som virksomhedernes medarbejdere angiveligt har anvendt på tilbudsafgivelsen i forbindelse med det annullerede udbud. GlobalConnect og Zibra har ikke anført selve lønudgifterne til medarbejderne, dokumenteret hvad medarbejderne har udført i de anførte timer, hvornår timerne er udført eller dokumenteret, at medarbejderne ellers ville have været beskæftiget med andre opgaver. Det er alene lønudgifter, som en tilbudsgiver kan få dækket ved negativ kontraktsinteresse, og ikke de timepriser, som medarbejdernes tid kan faktureres for. Endvidere skal det dokumenteres, at de opgjorte timer helt eller delvist kunne være anvendt til andre opgaver hos GlobalConnect og Zibra.

På denne baggrund afviser Randers Kommune, at GlobalConnect og Zibra har dokumenteret et tab.

GlobalConnect og Zibra har over for Randers Kommunes afvisningspåstand gjort gældende, at klagenævnets kendelse af 24. august 2017 ikke tager stilling til påstanden for så vidt angår denne del af sagen. Denne klagenævns-sag omhandler de erstatningsretlige konsekvenser af Randers Kommunes uretmæssige tildelingsbeslutning og ikke spørgsmålet om, hvorvidt Randers Kommune kunne annullere sagligt, som var det spørgsmål, der blev behandlet i den første del af sagen.

Som følge af den uretmæssige tildelingsbeslutning, og det forhold, at Randers Kommune ikke havde anført i udbudsmaterialet, at der reelt blev stillet krav til periodiseringen af omkostningerne, skal der tages stilling til erstatningsspørgsmålet for denne ansvarspådragende handling. Disse problemstillinger har ikke været påkendt under hovedsagen, og afvisningspåstanden bør af disse årsager ikke tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Allerede fordi klagenævnet ikke tidligere har taget stilling til GlobalConnect og Zibras erstatningspåstande, er der ikke grundlag for at tage Randers Kommunes afvisningspåstand til følge.

Klagenævnet udtalte i kendelsen af 13. juli 2016 om opsættende virkning, at betingelsen om ”fumus boni juris” var opfyldt, idet der på det da foreliggende grundlag var udsigt til, at GlobalConnect og Zibra ville få medhold i påstanden om, at Randers Kommune havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at antage tilbuddet fra Stofa Erhverv og tildele kontrakten til virksomheden.

Randers Kommune annullerede herefter udbuddet den 2. august 2016.

Ved kendelse af 24. august 2017 tog klagenævnet ikke GlobalConnect og Zibras påstand om, at annullationen af udbuddet var i strid med udbudsreglerne, til følge. Klagenævnet anførte bl.a.:

”De priser, som GlobalConnect og Zibra og Stofa Erhverv tilbød i kontraktperioden og optionsårene, var stort set ens – 49.942.737 kr. og 49.360.114 kr. Efter Randers Kommunes notat om tilbuddenes budgetmæssige konsekvenser med diverse opgørelser over udgifterne i kontraktperioden med og uden optioner og behovet for merbevillinger de enkelte år lægger klagenævnet til grund, at en kontrakt med GlobalConnect og Zibra uden optioner ville medføre, at der var behov for en merbevilling i kontraktperioden (8 år) på 5.186.888 kr., mens der ikke var behov for en tilsvarende merbevilling ved en kontrakt med Stofa Erhverv.

Efter det anførte var Randers Kommunes annullation af udbuddet som følge af budgetmæssige forhold ikke i strid med ligebehandlingsprincippet eller usaglig.”

GlobalConnect og Zibra har gjort gældende, at klagenævnets kendelse af 24. august 2017 er uden betydning for erstatningsspørgsmålet, idet der foreligger et selvstændigt ansvarsgrundlag ved den uretmæssige beslutning forud for annullationen af udbuddet om at tildele kontrakten til Stofa Erhverv. Tildelingsbeslutningen var i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

En ordregiver har ikke kontraheringspligt ved et udbud og kan derfor vælge at annullere udbuddet, forudsat at annullationen ikke forfølger et formål, der er i strid med princippet om ligebehandling eller i øvrigt må anses for usaglig.

Som fastslået ved kendelsen af 24. august 2017 var Randers Kommunes annullation af udbuddet lovlige, og selv om kommunen handlede i strid med udbudsreglerne ved at tildele kontrakten til Stofa Erhverv, medfører dette – som følge af den senere lovlige annullation – ikke, at Randers Kommune handlede ansvarspådragende over for GlobalConnect og Zibra.

Klagenævnet tager herefter Randers Kommunes påstand om frifindelse til følge.

Herefter bestemmes:

Randers Kommune frifindes.

GlobalConnect A/S og Zibra Wireless ApS skal betale 15.000 kr. i sagsomkostninger til Randers Kommune.

Beløbet skal betales inden 14 dage, efter at denne afgørelse er meddelt parterne.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig