

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Kirsten Thorup, Preben Dahl, Helle Carlsen)

J.nr.: 17/01401

3. juli 2018

K E N D E L S E

Lekolar Leika A/S

(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

mod

Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune

(advokat Kurt Helles Bardeleben og advokat Lasse Møller, København)

Den 12. april 2018 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende sagens klagepunkter. Efter afsigelse af kendelsen har Lekolar Leika A/S nedlagt påstand om erstatning. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Lekolar Leika A/S har nedlagt følgende påstand:

Påstand 7

Fællesudbud Sjælland tilpligtes til Lekolar Leika A/S at betale 235.775,53 kr., subsidiært et mindre beløb, med tillæg af procesrente fra den 31. august 2017, subsidiært et senere tidspunkt.

Fællesudbud Sjælland har påstået frifindelse, subsidiært at der alene skal betales et mindre beløb end det påståede med renter fra erstatningskravets fremsættelse den 26. april 2018.

Lekolar Leika A/S (herefter Lekolar) har opgjort sit krav i påstand 7 på grundlag af en gennemsnitlig timepris på 303 kr., svarende til kostpris (løn-udgift) med tillæg af pension og sociale udgifter. Kravet er sammensat af udgifter i forbindelse med prækvalifikation (8 timer, i alt 2.424 kr.), udarbejdelse af indledende tilbud (358,25 timer, i alt 108.549,75 kr.), præsentation af indledende tilbud og forhandlingsmøde (41,5 timer, i alt 11.892,74 kr. inkl. kørsel og p-udgifter), udarbejdelse af første revideret tilbud (148 timer, i alt 44.844 kr.), katalog og yderligere dokumentation (42 timer, i alt 51.976 kr., heraf 39.250 kr. vedrørende konsulentbistand), udarbejdelse af andet revideret tilbud (42 timer, i alt 12.726 kr.), redegørelse for unormalt lave priser (3 timer, i alt 909 kr.) og møde med Fællesudbud Sjælland om det gennemførte forløb (12 timer, i alt 2.454,04 kr.). Der er således i alt anvendt 654,75 timer, og det samlede tab opgjort som Lekolars negative kontraktsinteresse er herefter opgjort til i alt 235.775,53 kr.

Fællesudbud Sjælland har bestridt erstatningspligten og posterne størrelsesmæssigt.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 12. april 2018 konstaterede klagenævnet, at Fællesudbud Sjælland under udbuddet har overtrådt udbudsloven således:

”Ad påstand 2

Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 160, jf. § 164, samt ligebehandlings- og gennemsigtigheds-princippet i udbudslovens § 2 ved i forhold til underkriteriet "Case 1–4/Implementeringsplan/Opretholdelse af kvalitet" at anvende en evalueringsmetode, som ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet kommunerne ikke på en gennemsigtig måde har beskrevet, hvad der vil blive lagt vægt på ved evalueringen.

Ad påstand 3

Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, ved at overgå til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, idet betingelserne herfor ikke var opfyldt.

Ad påstand 6.1

Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2

ved at afvise tilbuddet fra Lekolar Leika A/S som ikke-konditionsmæssigt.”

Klagenævnet erklærede i fortsættelse heraf Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommunes rammeaftale af 14. august 2017 med Uniqa A/S for uden virkning fra og med den 1. maj 2018 og pålagde Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at betale en økonomisk sanktion på 50.000 kr.

Lekolar har gjort gældende, at Fællesudbud Sjælland ved de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at Fællesudbud Sjælland efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Lekolar, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten. De konstaterede overtrædelser omfatter ulovlig overgang til udbud med forhandling, brug af en uegnet evalueringsmetode og uberettiget afvisning af Lekolars tilbud, og de er hver især og tilsammen af alvorlig karakter, hvilket også er forudsat af klagenævnet i forbindelse med udmålingen af den alternative sanktion. Fællesudbud Sjælland har derfor handlet ansvarspådragende over for Lekolar. Der er årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og det tab, som Lekolar har lidt. Som det fremgår af kendelse af 12. april 2018, anvendte Fællesudbud Sjælland ved evalueringen af tilbuddene i forhold til det kvalitative underkriterium en uegnet evalueringsmetode. Lekolar var således ikke forud for tilbudsafgivelsen bekendt med overtrædelserne, der fandt sted *efter* tilbudsfristens udløb. Dette fremgår da også klart af klagenævnets kendelse af 12. april 2018 ad påstand 2, hvorefter ”...Tilbudsgiverne måtte derfor gå ud fra, at de 4 cases i hvert fald i et vist omfang skulle relatere sig til, hvad der kunne købes under rammeaftalen... Det kan imidlertid konstateres, at der ved evalueringen af den vindende tilbudsgivers tilbud blev lagt vægt på, at de beskrevne cases indeholdt varer, der ikke kunne købes under rammeaftalen, og at Fællesudbud Sjælland under udbuddet stillede spørgsmål til Lekolar om lyssætning, der ikke omfattes af udbuddet.” Blandt andet på den baggrund konkluderede klagenævnet, at "den evalueringsmetode i relation til underkriteriet, som er anvendt, har ikke været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud under et udbud af en rammeaftale om indkøb af daginstitutionsmøbler."

Tilbudsgiverne stillede frem til tilbudsfristen en række spørgsmål til forståelsen af det kvalitative underkriterium. Fællesudbud Sjælland besvarede disse spørgsmål, og Lekolar indrettede – på lige fod med de øvrige tilbuds-

givere – sit tilbud i tillid til, at evalueringen ville ske som beskrevet i udbudsgrundlaget. Under selve evalueringen inddrog Fællesudbud Sjælland imidlertid en række forhold, som ikke var beskrevet på forhånd, og lagde herunder ved evalueringen af den vindende tilbudsgivers tilbud vægt på, at de beskrevne cases indeholdt varer, der ikke kunne købes under den udbudte rammeaftale, ligesom der under forhandlingen blev stillet spørgsmål til Lekolar om lyssætning, der ikke var omfattet af udbuddet. Den manglende offentliggørelse af den således anvendte evalueringsmetode har selvsagt haft betydning for Lekolars mulighed for at kunne udforme sit tilbud mest hensigtsmæssigt med henblik på at få den bedst mulige evaluering.

At klagenævnet i sin kendelse af 12. april 2018 har konstateret, at Fællesudbud Sjælland har anvendt en uegnet evalueringsmetode (utilstrækkelig beskrivelse), er udelukkende en konsekvens af den samtidige konstatering af, at der ved evalueringen er inddraget forhold, som ikke er beskrevet på forhånd. De overtrædelser, der udgør ansvarsgrundlaget, udspringer derved af inddragelsen af ikke-offentliggjorte og i øvrigt ulovlige forhold under selve evalueringen. Lekolar hverken kendte eller burde kende til disse overtrædelser forud for tilbudsafgivelsen.

På tilsvarende vis var Lekolar ikke forud for tilbudsafgivelsen bekendt med de ansvarspådragende overtrædelser af udbudsreglerne, som er konstateret ved kendelsen af 12. april 2018 i relation til påstand 3 og påstand 6.1.

Fællesudbud Sjælland har gjort gældende, at de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne ikke indebærer, at Fællesudbud Sjælland efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Lekolar.

Fællesudbud Sjælland har nærmere anført, at der ikke er årsagssammenhæng mellem overtrædelserne af udbudsreglerne og det påståede tab. Klagenævnet har i kendelsen af 12. april 2018 konstateret, at Fællesudbud Sjælland har anvendt en evalueringsmetode, som ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet Fællesudbud Sjælland "... ikke på en gennemsigtig måde har beskrevet, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen". Som følge af den uklare beskrivelse af, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen, kunne udbudsmaterialet ikke danne grundlag for en lovlig tildeling.

Som implicit bemærket af klagenævnet har den manglende inddragelse af de tilbudte møblers kvalitet ligeledes ført til, at den evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet, var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og dermed danne grundlag for en lovlig tildeling.

Såvel den uklare beskrivelse af, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen, som den manglende inddragelse af møblernes kvalitet har været synlig for Lekolar forud for, at Lekolar valgte at udarbejde og afgive tilbud.

Når Lekolar kunne konstatere overtrædelserne af udbudsreglerne ved en gennemlæsning af udbudsbetingelserne og alligevel valgte at afgive tilbud, er der ikke årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og omkostningerne ved at afgive tilbud.

Eftersom udbudsmaterialet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling af kontrakten, har de efterfølgende overtrædelser (henvisningen til udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2 om overgang til udbud med forhandling og afvisningen af Lekolars tilbud som ukonditionsmæssigt) ikke påvirket Lekolars mulighed for at få tildelt kontrakten.

Ad erstatningskravet:

Lekolar har gjort gældende, at virksomheden har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden under udbuddet afgav tilbud, og at virksomheden således har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse.

Lekolar har herved henvist til, at selskabet i et vedlagt regneark nøje har redegjort for det anslåede tidsforbrug fordelt på de enkelte faser af udbuddet.

Fællesudbud Sjælland har gjort gældende, at kravet ikke på nogen måde er dokumenteret. Det er baseret på et særdeles stort udokumenteret tidsforbrug for deltagelsen i udbuddet. Dertil kommer, at timeprisen er udokumenteret. Der er – trods opfordring hertil – heller ikke fremlagt dokumentation for positive udgifter, herunder navnlig vedrørende omkostningen til ”Konsulentbistand” på 39.250 kr. I øvrigt kan ingen del af tabet på 51.976 kr. til udarbejdelse af katalog kræves erstattet. Det skyldes, at sådanne udgifter er usædvanlige, idet tilbudsgivere normalt er i besiddelse af kataloger og produktblade om de produkter, de forhandler. Den del af tabet, der kan henfø-

res hertil, er dermed ikke en adækvat følge af den eventuelt ansvarspådragende handling.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved klagenævnets kendelse af 12. april 2018 blev det (ad påstand 6.1) fastslået, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise tilbuddet fra Lekolar som ikke-konditionsmæssigt. Lekolar kan derfor som udgangspunkt kræve erstatning i form af negativ kontraktinteresse, såfremt de øvrige erstatningsretlige betingelser om bl.a. årsagsforbindelse er opfyldt.

Klagenævnet udtalte om påstand 2 nærmere:

”Sagen angår et udbud af møbler til daginstitutioner. Udbuddet er tilrettelagt således, at det omfattede ”det sortiment, som Leverandøren til enhver tid forhandler”, jf. rammeaftalens pkt. 3, og der var i den forbindelse fastsat et mindstekrav om, at sortimentet skulle indeholde borde (500 varenumre), sidde møbler (200 varenumre), opbevaring (400 varenumre) osv.

Tildelingskriteriet var fastsat til ”økonomisk mest fordelagtige tilbud – bedste forhold mellem pris og kvalitet” i henhold til udbudslovens § 162, stk. 3.

Det kvalitative underkriterium, som i henhold til udbudsbetingelserne skulle vægte 50 %, blev fastsat som ”Case 1–4 / Implementeringsplan / Opretholdelse af kvalitet”. Påstanden drejer sig efter de anbringender, der er anført til støtte for den, om, hvorvidt det i udbudsmaterialet tilstrækkelig klart var beskrevet, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen af tilbuddene i relation til dette kriterium.

Under udbuddet blev der stillet en række spørgsmål i relation til evalueringen af det kvalitative underkriterium, og det fremgår, at tilbudsgiverne var i tvivl om, hvad der ville blive lagt vægt på. Fællesudbud Sjælland besvarede i den forbindelse spørgsmålet om, ”hvad der under betegnelsen ”kvalitetskriterier” vil blive bedømt og hvilke kriterier der ligger til grund” med: ”Delkriterierne er nævnt i cases som hvad der vægtes positivt.” Fællesudbud Sjælland gav desuden udtryk for, at evalueringen af de 4 cases ville afspejle ”det samlede indtryk af indretningen, herunder funktionen af møblerne samt fleksibiliteten. FUS bedømmer alle cases som kvalitet af Tilbudsgivers tilbud”.

I udbudsmaterialet er det 8 steder nævnt, hvad der ”vægtes positivt”. Således er ”indretningsarkitekt” nævnt 3 gange (svarende til, hvad der kan udledes af bilag 1 til evalueringsrapporten med hensyn til kravene 1) indretningsarkitekt ansat, 2) indretningsarkitekt har erfaring, og 3) indretningsarkitekt kan deltage i institutionerne). Ligeledes er det i udbudsmaterialet nævnt, at opfyldelse af (ikke nærmere fastsatte) krav til egenkontrol, hurtig tilbagemelding, ”implementering inden 3 måneder”, ”tid og ressourser” og e-handel katalog (svarende til krav 8 – 12 i bilag 1 til evalueringsrapporten) vil ”vægtes positivt”.

Derimod var der ikke om de 4 cases i udbudsbetingelserne beskrevet, hvad der ville ”vægtes positivt”.

Af Fællesudbud Sjællands besvarelse af spørgsmålene under spørgerunden fremgår herefter alene, at casene som nævnt ville blive bedømt ud fra ”det samlede indtryk af indretningen, herunder funktionen af møblerne samt fleksibiliteten.” En sådan beskrivelse var alene egnet til at præcisere, at der lægges vægt på møblernes funktionalitet og fleksibilitet. Det var således uklart, hvad der herudover ville blive lagt vægt på. Fællesudbud Sjælland har under klagenævns sagen givet udtryk for, at det skulle være fremgået af brugergruppens forhandlinger med tilbudsgiverne, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen af tilbuddenes løsninger med hensyn til de 4 cases. Som anført af Lekolar er det imidlertid ikke formålet med forhandlingerne under et forhandlingsudbud at fastlægge delkriterierne for evalueringen af det, der skal tilbydes, hvilket også klart vil være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Det overordnede tildelingskriterium var ”økonomisk mest fordelagtige tilbud – bedste forhold mellem pris og kvalitet” i henhold til udbudslovens § 162, stk. 3. Tilbudsgiverne måtte derfor gå ud fra, at de 4 cases i hvert fald i et vist omfang skulle relatere sig til, hvad der kunne købes under rammeaftalen, og bestemmelsen om, at tilbudsgiverne skulle forpligte sig til at ”vejlede ordregiverens personale i daginstitutionerne i brugen af tilbudte produkter og indretning af stuer i hele kontraktperioden” måtte i det omfang, dette blev inddraget i evalueringen af tilbuddene, naturligt forstås således, at der alene ville kunne lægges vægt på indretning med møbler, der indgik i udbuddet. Det kan imidlertid konstateres, at der ved evalueringen af den vindende tilbudsgivers tilbud blev lagt vægt på, at de beskrevne cases indeholdt varer, der ikke kunne købes under rammeaftalen, og at Fællesudbud Sjælland under udbuddet stillede spørgsmål til Lekolar om lyssætning, der ikke omfattes af udbuddet.

Fællesudbud Sjælland har således ikke på en gennemsigtig måde beskrevet, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Case 1-4/Implementeringsplan/Opretholdelse af kvalitet”, og den evalueringsmetode i relation til underkriteriet, som er anvendt, har ikke været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud under et udbud af en rammeaftale om indkøb af daginstitutionsmøbler.”

Klagenævnet tog på denne baggrund påstand 2 til følge og slog fast, at Fællesudbud Sjælland har handlet ”i strid med udbudslovens § 2 ved i forhold til underkriteriet ”Case 1–4/Implementeringsplan/Opretholdelse af kvalitet” at anvende en evalueringsmetode, som ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet kommunerne ikke på en gennemsigtig måde har beskrevet, hvad der vil blive lagt vægt på ved evalueringen”. Denne konklusion sigter efter sin sammenhæng med de citerede præmisser – som også anført af Lekolar – til, at tilbudsgiverne på grundlag af udbudsmaterialet havde måttet forvente, at Fællesudbud Sjælland inddrog de 4 cases på en anden måde end sket, og at Lekolar således ikke på grundlag af udbudsmaterialet havde kunnet påregne, at der ved evalueringen blev inddraget andet end det, der var omfattet af udbuddet.

Som sagen er forelagt, mangler der således ikke årsagsforbindelse mellem den overtrædelse, der er omfattet af påstand 2, og et tab, der er opgjort som forgæves afholdte udgifter i forbindelse med tilbudsafgivelsen.

Endelig bemærkes, at klagenævnet i relation til påstand 3 fastslog, at Fællesudbud Sjælland havde handlet i strid med udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, ved at overgå til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, idet betingelserne herfor ikke var opfyldt. Klagenævnet anførte i relation til påstanden om uden virkning, at Fællesudbud Sjælland herved samtidig havde overtrådt udbudsloven på en måde, som har ”påvirket Lekolars mulighed for at få tildelt kontrakten, jf. det ovenfor anførte vedrørende påstand 2 og påstand 6.1.”

Fællesudbud Sjælland stillede i mailen af 25. juli 2017 som noget nyt krav om, at tilbudsgiverne skulle fremsende produktdatablade med en nærmere angivelse af kravene hertil. Det blev samtidig anført, at ” Såfremt FUS ikke ud fra den reviderede tilbudsliste samt produktdatablade kan afgøre om de tilbudte produkter opfylder kravene vil Tilbudsgiver blive erklæret ukonditionsmæssig. Der vil ikke blive indhentet yderligere dokumentation.” Det

forhold, at tilbudsgivere i almindelighed måtte være i besiddelse af kataloger og produktblade vedrørende de tilbudte produkter, kan allerede på den baggrund ikke føre til, at Lekolars udgifter hertil kan anses for en upåregnelig følge af den ansvarspådragende handling.

De almindelige betingelser om ansvarsgrundlag og årsagsforbindelse er derfor opfyldt.

Ad erstatningskravet:

Posten ”konsulentbistand”, som Fællesudbud Sjælland har bestridt, er ikke dokumenteret afholdt, uanset at Lekolar i givet fald må formodes at have eller være i stand til at fremskaffe en sådan dokumentation. Det kan på den baggrund ikke lægges til grund, at der har været afholdt udgifter hertil.

Det fremsatte krav bygger i øvrigt navnlig på skønnede timeopgørelser og en opgjort gennemsnitlig timepris. Ingen af disse centrale elementer, som Fællesudbud Sjælland har bestridt, er søgt nærmere dokumenteret.

På den baggrund fastsætter klagenævnet skønsmæssigt erstatningen til 60.000 kr., der forrentes som nedenfor anført fra kravets fremsættelse.

Efter erstatningssagens udfald, forløb og omfang skal Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune betale sagsomkostninger for klagenævnet med yderligere 25.000 kr. til udgifter til advokatbistand.

Herefter bestemmes:

Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune skal til Lekolar Leika A/S betale 60.000 kr. med procesrente fra den 26. april 2018.

Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune skal i yderligere sagsomkostninger til Lekolar Leika A/S betale 25.000 kr.

Beløbene skal betales inden 8 uger efter, at denne afgørelse er meddelt parterne.

Fællesudbud Sjællands 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. 1.

Nikolaj Aarø-Hansen

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig