

K E N D E L S E

Justsen Energiteknik A/S
(advokat Søren Abildgaard Pedersen, Aarhus)

mod

SK Varme A/S
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

Den 13. november 2018 afsagde klagenævnet kendelse om, at SK Varme A/S (herefter SK Varme) havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at prækvalificere og senere tildele en kontrakt om el- og maskinleverance til et halmfyret varmekværk, til Euro Therm, som ikke opfyldte udbuddets mindstekrav om teknisk og faglig formåen. Samtidig annullerede klagenævnet SK Varmes beslutning af 30. august 2017 om at tildele den udbudte kontrakt til Euro Therm.

I et processkrift af 27. november 2018 har Justsen Energiteknik A/S nedlagt påstand om erstatning. Erstatningsspørgsmålet har været behandlet på skriftligt grundlag.

Justsen har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

SK Varme tilpligtes til Justsen Energiteknik A/S at betale 7.675.000 kr. med procesrente fra sagens anlæg.

Påstand 2:

SK Varme tilpligtes til Justsen Energiteknik A/S at betale et skønsmæssigt fastsat (mindre) beløb.

Justsen har opgjort sin positive opfyldelsesinteresse til beløbet i påstand 1 således:

Tilbudsposter	18.530.000 kr.
Reserve	500.000 kr.
Kostpris	19.030.000 kr.
Dækningsbidrag	31 %
Salgspris	27.579.710 kr.
Valgt pris	27.620.000 kr.
Endelig tilbudspris	26.705.000 kr.
Påstand (tilbudspris – kostpris)	7.675.000 kr.

Påstandsbeløbet svarer til en dækningsgrad på 28 %.

Justsen har opgjort sin negative kontraktsinteresse, inklusive advokatomkostninger, til 665.000 kr. således:

Prækvalifikation frem til 4. april 2017	39.574 kr.
Udarbejdelse af første tilbud	328.634 kr.
Udarbejdelse af prækvalifikation og andet tilbud	<u>121.643 kr.</u>
	489.851 kr.
Advokatomkostninger	<u>175.000 kr.</u>
(afrundet)	665.000 kr.

SK Varme har påstået, at Justsens påstande ikke tages til følge og har bestridt såvel erstatningspligten som opgørelsen af Justsens tab.

Baggrund

Ved SK Varmes tilbudsevaluering blev Euro Therm tildelt 66,5 point og Justsen 64,1 point. Begge tilbudsgivere blev tildelt 20 point ved evalueringen af underkriteriet ”Pris”, der indgik med en vægt på 40 %.

Ved kendelsen af 13. november 2018 konstaterede klagenævnet, at SK Varme havde overtrådt udbudsreglerne således:

”Ad påstand 1

Euro Therm opfyldte... ikke minimumskravet om 3 referencer inden for de sidste 5 år, og det var derfor i strid med forsyningsdirektivets bestemmelser om ligebehandling og ikkeforskelsbehandling at tage hensyn til tilbuddet fra Euro Therm, jf. direktivets artikel 36 og artikel 80, stk. 2, jf. udbudsdirektivets artikel 58, stk. 4, jf. udbudslovens § 140, jf. artikel 142.

Klagerens påstand 1 tages derfor delvist til følge som anført nedenfor.

....

Ad påstand 2

Efter det, der er anført ovenfor, har den konstaterede overtrædelse af de udbudsretlige regler haft betydning for forløbet af udbuddet, og Justsens påstand om, at SK Varmes tildelingsbeslutning skal annulleres, tages til følge som anført nedenfor, jf. klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

SK Varme har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at prækvalificere og senere tildele kontrakten om el- og maskinleverance til et halmfyret varmegværk, der skulle levere fjernvarme til Halskov og Korsør til Euro Therm, hvis tilbud ikke opfyldte udbuddets mindstekrav om teknisk og faglig formåen.

Påstand 2

SK Varmes beslutning af 30. august 2017 om at tildele den udbudte kontrakt til Euro Therm annulleres.”

Supplerende oplysninger

Som dokumentation for kravet om positiv opfyldelsesinteresse har Justsen fremlagt en tilbudskalkulation over den opgjorte kostpris på 19,03 mio. kr. inkl. ½ mio. kr. i reserve. Der er endvidere fremlagt en række tilbud fra underleverandører. De tilbudte priser fra underleverandørerne, der er dateret i perioden 3. maj 2017 til 8. juni 2017, fremgår af den samlede kalkulation.

Af tilbuddet på ”dobbelt posefilter” (1.735.000 kr.) fremgår, at der er merpris for helsvejste filtre og et komplet sæt filterposer. Endvidere er kanaler før og efter by-pass, bygnings- og fundamentsarbejde, elarbejde, styring af motorer og signaludveksling og kompressor, køletørre og rørføring ikke indeholdt i tilbuddet. Det fremgår af tilbuddet på skorsten (412.000 kr.), at fragt fra fabrik tilbydes til 65.500 kr., og at en række særligt oplyste ydel-

ser ikke er indeholdt i tilbuddet. Tilbuddet på teknisk rørinstallation (1.485.600 kr.) omfatter heller ikke en række nævnte særlige ydelser.

Tilbudskalkulationen indeholder en anden opgørelse med en sammentælling på 27.620.000 kr., svarende til ”valgt pris”, men principperne for denne opgørelse er ikke oplyst.

Justsen har endvidere fremlagt en oversigt vedrørende 45 projekter med angivelse af salgspris, kostbudget, beregnet dækningsbidrag 1, realiseret kostbudget og realiseret dækningsbidrag 1. Det realiserede dækningsbidrag 1 varierer fra 9 % til 61 %. Salgspriserne på de 45 projekter fordeler sig således:

<u>Salgspris</u>	<u>Antal</u>
0 - 999.999 kr.	13
1.000.000 kr. – 2.999.999 kr.	25
3.000.000 kr. – 9.999.999 kr.	4
10.000.000 – 24.999.999 kr.	3

Revisionsfirmaet Deloitte har afgivet en (udateret) erklæring (i den fremlagte version uden underskrift) om oversigten, hvori det hedder:

” ...

Vi har udført de arbejdshandlinger, som blev aftalt med Dem, og som er angivet nedenfor Vores arbejde er udført i overensstemmelse med den internationale standard om aftalte arbejdshandlinger vedrørende regnskabsmæssige oplysninger og yderligere krav ifølge dansk revisorlovgivning. Arbejdshandlingerne blev udelukkende udført for at hjælpe Dem til at vurdere hvilken fortjeneste Justsen Energiteknik A/S overvejende sandsynligt kunne have realiseret ved indgåelse af kontrakt med SK Varme A/S, ...

Til brug herfor har selskabet udarbejdet oversigt over gennemførte projekter i 2017 og 2018, herunder den forkalkulerede og realiserede dækningsgrad på projekterne.

Vi har kontrolleret om der er overensstemmelse mellem selskabets bogføring og den af Justsen Energiteknik A/S udarbejdede oversigt over realiseret dækningsgrad for de i 2017 og 2018 afsluttede projekter, udvisende en gennemsnitlig forkalkuleret dækningsgrad på 29 % og en gennemsnitlig realiseret dækningsgrad på 32 %. Oversigten omfatter 45 projekter.

Da ovennævnte arbejdshandlinger hverken er revision eller review i overensstemmelse med internationale standarder om revision eller review og yderligere krav ifølge dansk revisorlovgivning, udtrykker vi ikke nogen grad af sikkerhed om projektoversigten.

Hvis vi havde udført yderligere arbejdshandlinger, revideret eller udført review af projektoversigten ... kunne andre forhold være fundet og rapporteret til Dem.

Vores erklæring er udelukkende udarbejdet med det formål, der er nævnt i denne erklærings første afsnit og til Deres brug. ...”

Til dokumentation for kravet på negativ kontraktinteresse har Justsen fremlagt en opgørelse af, hvor mange dage fem navngivne medarbejdere har brugt på opgaven samt en oversigt, ”Justsen Staff Fees”, over de priser, der faktureres for de pågældende personer. F.eks. var dagsprisen for Lars Justsen, CSO, således anført til 1.600 euro, og Lars Justsen har anvendt 2 dage i forbindelse prækvalifikationen frem til 4. april 2017, svarende til 23.840 kr., og 5 dage, svarende til 59.600 kr., på udarbejdelse af prækvalifikation og andet tilbud.

Parternes synspunkter

Om ansvarsgrundlaget

Justsen har navnlig gjort gældende, at SK Varme ved de overtrædelser af udbudsreglerne, der blev fastslået ved klagenævnets kendelse af 13. november 2018, har handlet ansvarspådragende over for Justsen, der havde afgivet tilbud uden at få kontrakten. Justsens tilbud var kun i uvæsentlig grad dårligere end Euro Therms tilbud, og Justsen ville derfor have fået tildelt kontrakten, hvis SK Varme i overensstemmelse med udbudsreglerne havde afvist tilbuddet fra Euro Therm. Under de ovennævnte omstændigheder og da Justsen var den eneste resterende tilbudsgiver, er det SK Varme, der har bevisbyrden for, at SK Varme ikke ville have tildelt kontrakten til Justsen, jf. herved bl.a. klagenævnets kendelse af 19. januar 2017, Holmriss + Flexform A/S mod Holbæk Kommune. Denne bevisbyrde er ikke løftet. Justsen har i den forbindelse yderligere henvist til, at Justsens tilbud i første udbudsrunde var dyrere end i anden udbudsrunde, ligesom tilbuddet også på andre punkter var gjort mere fordelagtigt for SK Varme. Der var tale om et genudbud, hvor der på alle måder har været en effektiv konkurrence, som blandt andet gav sig udslag i, at SK Varme ved genudbuddet fik et bedre tilbud end ved det første udbud.

Justsen har herefter krav på en erstatning, der svarer til den positive opfyldelsesinteresse, subsidiært negativ kontraktsinteresse.

SK Varme har gjort gældende, at de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne ikke indebærer, at SK Varme efter almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Justsen Energiteknik. Der gælder ikke et objektivt ansvar for en udbyder, der har overtrådt en forskrift i EU-udbudsreglerne, jf. herved klagenævnets kendelse af 8. marts 2005, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S. Klagenævnet anførte i kendelsen af 13. november 2018, at SK Varme forud for beslutningen om prækvalifikation kunne have indhentet supplerende oplysninger fra Euro Therm om den tidsmæssige udstrækning af referenceopgaven, og en sådan fremgangsmåde ville have bekræftet, at SK Varme traf en materiel korrekt beslutning om at prækvalificere Euro Therm, idet alle referenceopgaverne var udført inden for de fastsatte tidsmæssige rammer. SK Varme har herved ikke handlet ansvarspådragende over for Justsen Energiteknik.

Kravet om årsagsforbindelse er endvidere ikke opfyldt. Hvis SK Varme i forbindelse med prækvalifikationen havde været opmærksom på, at ansøgningen fra Euro Therm ikke dokumenterede opfyldelse af mindstekravet til teknisk og faglig formåen, ville SK Varme enten have repareret dette forhold i overensstemmelse med klagenævnets præmisser i kendelsen eller have annulleret udbuddet og iværksat et genudbud for at sikre effektiv konkurrence i det videre forløb. Justsen har ikke sandsynliggjort, at selskabet ville have fået tildelt kontrakten, hvis selskabet havde været den eneste tilbageværende tilbudsgiver, og dette har formodningen imod sig. Det er heller ikke sandsynliggjort, at Justsens tilbud ved et nyt udbud ville have været det økonomisk mest fordelagtige, og at Justsen dermed ville være blevet tildelt kontrakten. Justsen har derfor ikke krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Justsen har ikke spildt sine tilbudsomkostninger. Justsen afgav et tilbud, som er blevet evalueret med den konsekvens, at Justsen ikke blev tildelt kontrakten. Risikoen for, at et tilbud ikke er det bedste tilbud, er efter klagenævnets faste praksis ikke et forhold, der medfører, at tilbudsomkostninger kan kræves erstattet. SK Varmes påståede ansvarspådragende adfærd har ikke været bestemmende for Justsens beslutning om at afgive tilbud, og der er derfor heller ikke den fornødne årsagssammenhæng til, at Justsen kan få erstatning svarende til den negative kontraktsinteresse.

Om erstatningskravets opgørelse

Justsen har som dokumentation for selskabets positive opfyldelsesinteresse fremlagt en oversigt over selskabets kostpris på 19.030.000 kr., inkl. en reserve på 500.000 kr. til uforudsete udgifter. Oven i kostprisen blev der lagt et dækningsbidrag. I forbindelse med den endelige budafgivelse reducerede Justsen tilbuddet fra 27.620.000 kr. til 26.705.000 kr. Dækningsbidraget blev derved nedsat tilsvarende, svarende til den nedlagte påstand om, at SK Varme skal betale Justsen Energiteknik 7.675.000 kr.

Om opgørelsen af kostprisen har Justsen oplyst, at selskabet til brug for kalkulationen indhentede forskellige tilbud fra underleverandører vedrørende delelementer, hvor Justsen ikke i forvejen havde et tilstrækkeligt erfaringsgrundlag, f.eks. vedrørende posefiltre, kran, skorsten samt teknisk rørinstallation. I øvrigt anså Justsen totalentreprisen vedrørende det halmfyrede varmekværk for en ”hyldevare”, hvor Justsen havde et betydeligt erfaringsgrundlag, således at der er en betydelig evidens for kravets størrelse. Justsen leverer årligt mange anlæg og har derfor et fuldstændigt kendskab til de enkelte komponenter og underleverancer. Det er ikke rigtigt som hævdet af SK Varme, at der i kalkulationen mangler ”integration til SRO ...”. Disse ydelser fremgår af kalkulationen som ”add hardware om integration” (skal nok være ”ABB hardware og integration”), ”Tavler til kedel og halmlinjer” og ”Timer til softwareprojekt [og kurser]”, som samlet udgør 1.800.000 kr., hvortil kommer 500.000 kr., afsat til el-montage. De samlede udgifter udgør således 2.300.000 kr., hvilket overstiger SK Varmes opfattelse af kostprisen hertil på 1.500.000 kr.

Dækningsgraden på 31% på det oprindelige tilbud er en anelse lavere end den gennemsnitlige dækningsgrad på 32 %, som Justsen har realiseret på de 45 projekter i 2017 og 2018, der indgår i den fremlagte projektoversigt. De største dækningsbidrag er opnået på de store leverancer, og det er derfor sandsynliggjort, at Justsen på den udbudte kontrakt kunne have opnået det beregnede dækningsbidrag.

Det bestrides, at Justsen ikke har opfyldt sin tabsbegrænsningspligt.

Opgørelsen over udgifterne til udarbejdelse af tilbud bygger på det antal dage, som de involverede personer har brugt. Der er anvendt de priser, der normalt faktureres, og som fremgår af oversigten ”Justsen Staff Fees”. Den

negative kontraktsinteresse er opgjort til 490.000 kr., hvortil kommer advokatombkostninger på 170.000 kr.

SK Varme har navnlig anført, at der ikke kan lægges vægt på Justsens opgørelse af en gennemsnitlig fortjeneste, og at revisorerklæringen ikke bekræfter rigtigheden af opgørelsen. Det er urealistisk at gå ud fra, at der kan realiseres et dækningsbidrag på 31 %. Justsen Energiteknik har ikke fremlagt regnskabsmæssige oplysninger om det gennemsnitlige dækningsbidrag eller tilsvarende, der kunne have bestyrket det opgjorte tab. Brancheforholdene underbygger heller ikke, at der kan realiseres et dækningsbidrag af denne størrelse. Inden for de seneste år har der været konkurs blandt markedsaktørerne (Weiss), og branchen har været præget af virksomhedsopkøb i forsøg på at modvirke en trængt økonomi hos mange aktører. Der er ikke i sagen grundlag for at antage, at Justsen kunne have realiseret et så stort dækningsbidrag som anført, hvis Justsen Energiteknik var blevet tildelt kontrakten. Herudover kan Justsen – såfremt de øvrige erstatningsbetingelser er opfyldt – kun få erstattet den sædvanlige nettoavance og ikke bruttoavancen, således at der tages højde for de generelle administrative omkostninger, tilbudsomkostningerne, frigjort kapacitet, samt frigørelse for den risiko, der er ved udførelsen af en kontrakt som den omhandlede. Oversigten over dækningsbidrag for i alt 45 projekter i 2017 og 2018 bestrides. Der er ingen oplysninger, som gør det muligt at efterprøve, om projekterne indholdsmæssigt er sammenlignelige med den udbudte kontakt. Hertil kommer, at kun to projekter ud af de 45 projekter har en angivet værdi på mere end kr. 20 mio. ekskl. moms. Langt hovedparten af de resterende projekter har en oplyst salgspris på under 3 mio. kr. Justsen Energitekniks tilbudspris på den udbudte kontrakt var 26.705.000 kr. ekskl. moms. Det har således formodningen imod sig, at oversigten over de 45 projekter afspejler det dækningsbidrag, som Justsen kunne have realiseret på den udbudte kontrakt. Den erklæring, som Deloitte har udarbejdet om realiserede dækningsgrader for de 45 projekter er reelt uden indhold, idet der er tale om en erklæring uden nogen grad af sikkerhed. Endelig er der ingen sikkerhed for, at de ydelser, som indgår i Justsens opgørelse, har været tilstrækkelige til at realisere den udbudte kontrakt. I opgørelsen mangler således en række afgørende ydelser, herunder integration til SRO med en anslået kostpris på 1.500.000 kr. Justsen har heller ikke iagttaget sin tabsbegrænsningspligt.

Justsen har ikke dokumenteret størrelsen af sin negative kontraktinteresse. Der er f.eks. ikke fremlagt timesedler eller –registreringer, som kan doku-

mentere det tidsforbrug, som er lagt til grund. De timepriser, der er benyttet ved opgørelsen, er faktureringspriser, men et tab opgjort som den negative kontraktsinteresse, må baseres på kostpriser. Hertil kommer, at opgørelsen medtager tilbudsomkostninger forbundet med det første udbud, som blev annulleret, og som ikke er genstand for nærværende klagesag, og som Justsen ikke kan få erstatning for i nærværende sag. Advokatombudsninger skal dækkes som sagsomkostninger.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet har i kendelsen af 13. november 2018 fastslået, at SK Varme handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at prækvalificere og senere tildele kontrakten om el- og maskinleverancen til Euro Therm, som ikke opfyldte minimumskravet om 3 referencer inden for de sidste 5 år. Efter karakteren af overtrædelsen, hvor SK Varme tog hensyn til oplysninger, som ikke var fremkommet under udbudsprocessen, har SK Varme handlet ansvarspådragende over for Justsen, der som eneste anden tilbudsgiver havde afgivet et konditions-mæssigt tilbud.

SK Varme anvendte ikke fremgangsmåden i udbudslovens § 76, stk. 4; og i en situation som den foreliggende, hvor der var tale om genudbud, hvor to ud af tre tilbudsgivere fra det første tilbud også afgav tilbud, og hvor den tredje tilbudsgiver i mellemtiden var gået konkurs, har SK Varme bevisbyrden for, at ordregiveren for at sikre konkurrencen ville have foranstaltet endnu et nyt udbud i stedet for at indgå kontrakten med den konditions-mæssige tilbudsgiver, hvis tilbud blev bedømt til kun at ligge marginalt under tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver. Resultatet af evalueringen fremgår i sin helhed af kendelsen af 13. november 2018.

SK Varme har ikke løftet denne bevisbyrde, og SK Varme har derfor pligt til at erstatte Justsens positive opfyldelsesinteresse.

Justsen har til støtte for kravets størrelse alene fremlagt sin tilbudskalkulation og en revisorerklæring med forbehold om virksomhedens gennemsnitlige dækningsbidrag og har f.eks. ikke fremlagt regnskabsmateriale. Der er intet oplyst om selskabets generelle omkostninger, som selskabet skal afholde under alle omstændigheder, og selskabet har ikke belyst, hvorledes selskabets tabsbegrænsningspligt er håndteret.

Erstatningen fastsættes herefter skønsmæssigt til 1 mio. kr. Der er herved også taget hensyn til usikkerheden om, hvorvidt Justsen kunne have realiseret det kalkulerede dækningsbidrag og til, at Justsen er blevet frigjort for den risiko, der er forbundet med projektets gennemførelse.

Herefter bestemmes:

SK Varme A/S skal til Justsen Energiteknik A/S betale 1.000.000 kr. med procesrente fra den 27. november 2018.

SK Varme A/S skal i yderligere sagsomkostninger til Justsen Energiteknik A/S betale 20.000 kr.

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

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.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Tanja Rosendahl Bøtker
Fuldmægtig