

K E N D E L S E

Jørns Rutetrafik A/S
(cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen, København)

mod

Nordjyllands Trafikselskab
(advokat Henning Biil, København)

Den 18. december 2019 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 2 og 3 i sagen. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Jørns Rutetrafik A/S har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 4

Indklagede tilpligtes til klager at betale 5.163.967,54 kr., subsidiært et af Klagenævnet for Udbud fastsat mindre beløb, med tillæg af procesrente fra klagens indgivelse den 30. august 2019, subsidiært forrentet fra et senere tidspunkt.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Indklagede tilpligtes til klager at betale 286.738,43 kr., subsidiært et af Klagenævnet for Udbud fastsat mindre beløb, med tillæg af procesrente fra klagens indgivelse den 30. august 2019, subsidiært forrentet fra et senere tidspunkt.”

Nordjyllands Trafikselskab har påstået frifindelse.

Jørns Rutetrafik har i sagens bilag 12 opgjort kravet om positiv opfyldelsesinteresse. Af bilaget fremgår bl.a. følgende:

”

Forventet fortjeneste (EBT) pr. år		516.396,75
Svarende til overskudsgrad på	...	
Forventet fortjeneste på minimum løbetid [10 år]		5.163.967,54

”

Jørns Rutetrafik har opgjort sit krav om negativ kontraktinteresse i påstand 5 således:

”

Medarbejder	Antal timer	Timepris	Udgift i alt
<i>DIREKTØR / BESTYRELSE</i>	89.677,25 kr.
<i>DIREKTØR / BESTYRELSE</i>	51.902,34 kr.
<i>DRIFTSCHEF</i>	5.433,40kr.
<i>PLANLÆGGER</i>	13.732,98 kr.
<i>PROJEKTCHEF</i>	72.365,52 kr.
<i>SEKRETÆR</i>	550,19 kr.
<i>ØKONOMIDIREKTØR</i>	32.255,53 kr.
<i>DRIFTSLEDER</i>	5.547,13 kr.
<i>TEKNISK CHEF</i>	8.424,31 kr.
<i>MEKANIKER</i>	6.849,76 kr.
Timer i alt			370,78
Omkostninger i alt			286.738,43 kr.

”

Nordjyllands Trafikselskab har bestridt opgørelsen af kravene under påstand 4 og 5.

Ad erstatningsgrundlaget:

Jørns Rutetrafik har ad påstand 4 gjort gældende, at virksomheden har krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, da det under klagesagen er påvist, at virksomheden ville være blevet tildelt delkontrakt 10 og delkontrakt 11 (pakke C), såfremt Nordjyllands Trafikselskab ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne, men i stedet havde foretaget en evaluering af tilbuddene i henhold til delkriteriet "Tilbudt kvalitet i forhold til NT's kunder", som ikke var i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling.

Kravet om årsagssammenhæng er opfyldt, da Jørns Rutetrafik, hvis udbudsreglerne havde været overholdt, var den rette vinder ved anvendelsen af evalueringsmodellen og derfor rettelig ville være blevet tildelt delkontrakt 10 og delkontrakt 11.

Jørns Rutetrafik har subsidiært ad påstand 5 om negativ kontraktinteresse gjort gældende, at virksomheden har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med de forgæves afholdte udgifter ved at have deltaget i udbuddet for så vidt angår delkontrakt 10 og delkontrakt 11.

Nordjyllands Trafikselskabs overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, som beskrevet i klagenævnets kendelse af 18. december 2019, har undermineret Jørns Rutetraffiks forudsætninger for at vinde delkontrakt 10 og delkontrakt 11, da konkurrencen mellem tilbudsgiverne ikke er foregået på fair og lige vilkår.

Det følger af klagenævnslovens § 14, stk. 2, at man ved erstatning udmålt som den negative kontraktinteresse alene skal godtgøre at ville have haft en reel mulighed for at få tildelt ordren, hvis udbudsreglerne var blevet overholdt. Kravet om årsagssammenhæng mellem trafikselskabets overtrædelse af udbudsreglerne og det lidte tab i form af forgæves afholdte udgifter er derfor opfyldt.

Nordjyllands Trafikselskab har ad påstand 4 gjort gældende, at der ikke er årsagssammenhæng mellem den overtrædelse af udbudsreglerne, som klagenævnet har konstateret, og det opgjorte tab.

Klagenævnet fandt således, at den anvendte evalueringsmodel var ”ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.” Udbuddet kunne dermed ikke resultere i en lovlig tildelingsbeslutning, og allerede af den grund foreligger der ikke den fornødne årsagssammenhæng. Jørns Rutetrafik kan dermed ikke kræve positiv opfyldelsesinteresse.

Trafikselskabet har ad påstand 5 gjort gældende, at det følger af fast praksis om årsagssammenhæng, at der ikke kan opnås erstatning for tilfælde af overtrædelse af udbudsreglerne, som Jørns Rutetrafik kendte til. I dette tilfælde fremgik den evalueringsmodel, som klagenævnet har erklæret uegnet, udtrykkeligt af udbudsbetingelserne. Den er udformet og drøftet i løbende samarbejde med de faste leverandører og har været anvendt i uændret form i adskillige udbud siden 2014, hvori Jørns Rutetrafik også har deltaget og vundet. Når Jørns Rutetrafik således har afgivet tilbud vel vidende om den uegnede model, kan virksomheden ikke kræve negativ kontraktinteresse.

Ad erstatningskravet:

Jørns Rutetrafik har vedrørende påstand 4 gjort gældende, at den fremlagte kravopgørelse dokumenterer, at Jørns Rutetrafik har en forventet fortjeneste på 5.163.967,54 kr. over kontraktens 10-årige løbetid.

Jørns Rutetrafik har vedrørende påstand 5 subsidiært gjort gældende, at virksomheden skal have erstatning for de forgæves afholdte udgifter til tilbudsudarbejdelse for så vidt angår delkontrakt 10 og delkontrakt 11.

Den fremlagte opgørelse dokumenterer, at virksomheden forgæves har afholdt udgifter til tilbudsudarbejdelsen vedrørende disse to delkontrakter svarende til 286.738,43 kr. De forgæves afholdte udgifter er opgjort på baggrund af de involverede medarbejders kostpriser samt timeforbrug i overensstemmelse med seneste praksis herom, jf. klagenavnets kendelse af 28. februar 2019, Aarsleff Rail A/S mod Viborg Kommune.

Nordjyllands Trafikselskab har vedrørende påstand 4 gjort gældende, at positiv opfyldelsesinteresse opgøres som den mistede fortjeneste forstået som

forskellen mellem de indtægter, som Jørns Rutetrafik ville få i kontraktperioden, med fradrag af de udgifter, virksomheden skulle have afholdt. Der skal i den forbindelse tages højde for usikkerheden med hensyn til, om Jørns Rutetrafik faktisk kunne realisere den kalkulerede fortjeneste, eller om virksomheden omvendt risikerede at lide tab på kontrakten. Endelig har Jørns Rutetrafik en tabsbegrænsningspligt. Dette gælder i særlig grad i denne sag, hvor virksomheden kræver fortjeneste for en 10-årig periode.

Jørns Rutetrafik har alene fremlagt en opgørelse på én side. Her opgøres et overhead uden nogen form for forklaring, sandsynliggørelse eller dokumentation. Hertil er lagt et "Overhead i kalkulations-rente", ligeledes uden forklaring eller dokumentation. Tilsyneladende er der tale om den teoretisk beregnede fulde fortjeneste, og der tages således ikke højde for den førnævnte usikkerhed og tabsbegrænsning. Kravet afvises som alt for højt og udokumenteret.

Trafikselskabet har vedrørende påstand 5 gjort gældende, at det krævede beløb for negativ kontraktinteresse ligeledes er udokumenteret og alt for højt.

Det fremgår af opgørelsen, at Jørns Rutetrafik har brugt 370,78 timer på at udfærdige tilbud for en samlet pris af næsten 287.000 kr., svarende til en gennemsnitlig timeløn på næsten 775 kr.

Ved at gange de oplyste timepriser med 1.924 timer, svarende til et arbejdsår, fremkommer årslønninger på mellem 572.000 kr. og 2.135.640 kr. til de 10 medarbejdere, som angiveligt har været involveret i tilbudsgivningen. Samlet set ville årslønnen for disse 10 medarbejdere være knap 12,7 mio. kr. Ifølge Jørns Rutetraffiks offentliggjorte årsregnskab for 2018 beskæftigede virksomheden i alt 53 medarbejdere til en samlet lønudgift på knap 19 mio. kr. De postulerede lønninger ville give en gennemsnitlig årsløn til de resterende medarbejdere på ca. 146.000 kr. Det burde på den baggrund være indlysende, at de oplyste timepriser er en form for salgspris og ikke udgør lønomkostninger, som tilfældet var i klagenævnets kendelse af 28. februar 2019, Aarsleff Rail A/S mod Viborg kommune.

Nordjyllands Trafikselskab har bestridt, at der blev anvendt 370,78 timer alene på udarbejdelsen af tilbud på delkontrakt 10 og delkontrakt 11. Tilbudet bestod af tilbudsblanket, redegørelse for organisation og ressourcer, busoplysninger og busudskiftningsskema, dokumentation for tilladelser fra

Færdselsstyrelsen til buskørsel, serviceattester og udfyldt ESPD. Det var alene tilbudsblanketten og busskemaet, som blev udarbejdet kun til brug for delkontrakterne 10 og 11. Det øvrige materiale gik igen i alle de tilbud, som Jørns Rutetrafik afgav under udbuddet. Virksomheden opnåede tildeling på i alt fem pakker omfattende 32.672 køretimer pr. år. Det er således alene udgifterne til at udarbejde tilbudsblanket og busskema på delkontrakterne 10 og 11, som kan siges at være afholdt forgæves. Dette arbejde kan ikke have lagt beslag på 370,78 arbejdstimer.

Klagenævnet udtaler:

Ved kendelse af 18. december 2019 udtalte klagenævnet blandt andet:

”Det følger af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet og af praksis fra bl.a. Retten, herunder Rettens dom af 12. december 2012 i sag T-457/07, Evropaiki Dynamiki mod EFSA, at en ordregiver ikke kan inddrage tidligere erfaringer med en konkret tilbudsgiver til fordel for denne, hvis ikke der er konkret grundlag herfor i det indleverede tilbud. Sådan som evalueringsmodellen under delkriteriet er bygget op, er modellen i strid med ligebehandlingsprincippet og derfor ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det kan ikke føre til at andet resultat, at modellen har været anvendt i en årrække og tilsyneladende har været accepteret af de konkrete tilbudsgivere.”

Som det fremgår, kunne Nordjyllands Trafikselskab ikke på baggrund af den fastsatte evalueringsmodel have truffet en lovlig tildelingsbeslutning. Der er derfor ikke grundlag for at tilkende Jørns Rutetrafik erstatning for positiv opfyldelsesinteresse som påstået i påstand 4.

Klagenævnet lægger endvidere til grund, at Jørns Rutetrafik var bekendt med de forhold ved evalueringsmodellen, som udgjorde en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Herefter foreligger der ikke den nødvendige årsagssammenhæng mellem de begåede overtrædelser og de afholdte udgifter ved udarbejdelse af tilbuddet. Jørns Rutetrafik har derfor heller ikke krav på erstatning i form af negativ kontraktinteresse.

Klagenævnet tager derfor Nordjyllands Trafikselskabs frifindelsespåstand til følge.

Herefter bestemmes:

Nordjyllands Trafikselskab frifindes.

Jørns Rutetrafik A/S skal i sagsomkostninger til Nordjyllands Trafikselskab betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

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

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
specialkonsulent