

Visse oplysninger i kendelsen er på klagers begæring ikke offentliggjort.

K E N D E L S E

De Forenede Dampvaskerier A/S
(advokat Jesper Fabricius, Hellerup)

mod

Ringkøbing-Skjern Kommune
(advokat Henrik Holtse, København)

Den 15. maj 2020 afsagde klagenævnet kendelse om klagepunkterne 1-6. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

De Forenede Dampvaskerier A/S (herefter DFD) har nedlagt følgende påstande:

Påstand 7

Ringkøbing-Skjern Kommune skal betale 4.136.884 kr., subsidiært et mindre beløb efter klagenævnets skøn, med procesrente fra den 8. april 2019, subsidiært fra et senere tidspunkt fastsat af klagenævnet.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Ringkøbing-Skjern Kommune skal betale 133.430 kr., subsidiært et mindre beløb efter klagenævnets skøn, med procesrente fra den 8. april 2019, subsidiært fra et senere tidspunkt fastsat af klagenævnet.

Ringkøbing-Skjern Kommune har påstået frifindelse, subsidiært frifindelse

mod betaling af et mindre beløb fastsat af klagenævnet.

DFD har opgjort sit krav i påstand 7 som positiv opfyldelsesinteresse for hele kontraktperioden således:

Post	Resultat (DKK '000)	Sats (%) af omsætning	Beløb	Procent (%)
1	Omsætning		13.267	94,5
2	Tillæg, erstatning mv.		766	5,5
3	Samlet omsætning		14.033	100,0
4	Personaleomkostninger	■	■	■
5	WECO, Water, Energy, Chemistry, Oil (gas)	■	■	■
6	Distributionsomkostninger	-	■	■
7	Produktionsomkostninger	■	■	■
8	Driftsomkostninger		■	■
9	Dækningsbidrag		■	■
10	Afskrivninger (tekstil)	-	■	■
11	Dækningsbidrag inkl. afskriv.		4.137	29,5

DFD har opgjort sit krav i påstand 8 som negativ kontraktinteresse således:

Lønoms-kostninger	Peri-ode	Mar-keds- chef	Kun- dedi- rektor	Divisi- ondi- rektor	Afde- lings- chef	Kun- de- chef	Udbuds- koordina- tor	Produkt- specia- list	De- sig- ner	Gra- fiker	Samlet Timean- tal
		Tim- er*	Tim- er*	Timer*	Tim- er*	Tim- er*	Timer	Timer*	Tim- er*	Tim- er*	
Gennemgang af høringsmateriale, læse, kommentere, koordinere kommentarer	50 / 2018	5	3	1		5	5	2			21
Gennemgang af udbudsmateriale, kommentarer/spørgsmål	4 / 2019	6	4	2	4	6	6	2	2		32
Tilbudsproduktion (ESPD, implementeringsplanlægning, eksterne grafiker, pricing, kvalitative	5-11 / 2019	20	8	2	4	6	30	2		10	82

besvarelser, øvrige dokumenter)											
Sortiment-udvælgelse	5-11 / 2019	5				5	2	10	5		27
Vareprøver, bestilling og kontrol ved varemodtagelse	5-10 / 2019	1					2	10	3		16
Vareprøver, produktark	5-10 / 2019	1					2	10	10	10	33
Vareprøver, vask og klargøring	5-10 / 2019							8			8
Vareprøver, levering til RKSK og afventning af afprøvning	11 / 2019					10			10		20
Samlet timeantal		38	15	5	8	32	47	44	30	20	239
Medarbejderomkostning i alt		Timeomkostning: 370,00**									88.430 kr.

*Skønnet timetal

** Vægtet timeomkostning

Vareprøve- / Tekstilomkostninger	Periode	Indkøb	Vasketest	Transport							Samlet Kr.
		Kr.	Kr.	Kr.							
Vareprøver	4-11 / 2019	30.000 kr.	10.000 kr.	5.000 kr.							45.000 kr.
Vareprøve-/Tekstilomkostning i alt		30.000 kr.	10.000 kr.	5.000 kr.							45.000 kr.
Opgørelse af DFD's forgæves afholdte tilbudsomkostninger											133.430 kr.

Supplerende oplysninger

Ringkøbing-Skjern Kommune har under erstatningsagen fremlagt følgende udtalelse fra Berendsen Tekstil Service A/S (herefter Berendsen):

” ...

Erklæring vedrørende Efterbehandling / Tørreproces

... ”

På jeres foranledning vil jeg her prøve at belyse de forskelle, der kan opstå på tekstiler, der håndteres på vores industri vaskerier generelt.

I forbindelse med udbuddet på vask og lejeløsning til jeres medarbejdere i ældreplejen, har i ønsket at se tøj der ”er vasket minimum 10 gange”. Jeg går ud fra at begge tilbudsgiveres vareprøver, har været vasket og tørret 10 gange og ikke udover dette. Bemærk dog, at antallet af vaske alene kan være årsagen til at brugergruppen på baggrund af en tøjprøvning kan opleve artikler, der inden vask og tørring har været identiske, som forskellige.

Vores undersøgelser har været rettet mod efterbehandlingen (tørreprocessen), da det vil være i denne fase, vi vurderer, at der kan opstå de største forskelle fra vaskeri til vaskeri.

I industriel vask anvender vi som udgangspunkt to tørremetoder: Tørretumbler og Steamer (tunneltørrer)

I test mellem disse to metoder, kan vi ved en manuel personlig vurdering konstatere forskelle i tekstilets visuelle udtryk, og hvordan det føles mellem hænderne efter endt proces.

Af de to ovennævnte metoder, er det i tørretumbleren, at vi kan påvise de største afvigelser indenfor samme tørremetode. Forhold der her gør sig gældende er:

- Temperatur
- Tørretid
- Mekanisk bearbejdning af tekstilet
- Fyldningsgraden af tumbleren

Selv små ting, som at fnugfilteret har været rensset inden fyldning af maskinen, og restfugtigheden i tekstilerne efter tørring, kan give et forskelligt resultat.

Vores konklusion er på baggrund af gennemførte tests i et af vores vaskerier, samt den erfaring som lederne af vores produktioner besidder: Afhængig af hvilken tørremetode, temperatur, mekaniske bearbejdning, tørretid og fyldningsgrad af vores maskiner der benyttes efter endt vask, vil de beklædningsgenstande, der forlader vores vaskeri, kunne fremstå med forskelligt udtryk. Dette både visuelt og den måde de føles mellem hænderne – uanset om der er tale om identiske tekstiler fra processens start.

Udbuddets krav om minimum 10 forudgående vaske af vareprøverne, vil kun forstærke de forskelle, vi har registreret i vores test

Vores vurdering er derfor, at man med rimelighed kan antage, at med mindre begge tilbudsgivere har ramt nøjagtig samme forhold gennem

vask og efterbehandlingerne af udbuddets vareprøver, vil jeres brugergruppe ved tøjprøvningen kunne opleve at selv t-shirt fra samme producent og batch, føles forskellige og ligeledes visuelt fremstår forskellige. ...”

Ringkøbing-Skjern Kommune har bestridt DFD's opgørelse i forhold til positiv opfyldelsesinteresse. DFD har på den baggrund indhentet en erklæring fra virksomhedens revisor om rigtigheden af tallene i opgørelsen.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 15. maj 2020 konstaterede klagenævnet, at Ringkøbing-Skjern Kommune under udbuddet har overtrådt udbudsloven således:

”Ad påstand 1a

Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at afvise DFD's tilbud som ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 3

Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens §§ 161 og 162, stk. 1, ved at tildele rammeaftalen til Berendsen, selv om Berendsen ikke har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af det fastsatte tildelingskriterium i udbudsbetingelsernes punkt 1.12.

Ringkøbing-Skjern Kommunes beslutning af 28. marts 2019 om at indgå kontrakt med Berendsen Textil Service A/S annulleres.”

Parternes synspunkter ad erstatningsgrundlaget og årsagssammenhæng

DFD har gjort gældende, at de overtrædelser af udbudsreglerne, som Ringkøbing-Skjern Kommune har begået, efter deres karakter er ansvarspådragende.

Da DFD havde afgivet tilbuddet med den laveste pris, skulle DFD have været tildelt kontrakten, og DFD ville være blevet tildelt kontrakten, hvis Ringkøbing-Skjern Kommune ikke havde overtrådt udbudsreglerne. DFD har herefter krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Det forekommer usandsynligt, at Ringkøbing-Skjern Kommune ville have

aflyst udbuddet i den konkrete situation. Det er under klagesagen godtgjort, at DFD og Berendsen tilbød samme T-shirt, og der er ikke grundlag for at antage, at der var nogen forskel på den T-shirt, som DFD tilbød, og den, som Berendsen tilbød, i forhold til spørgsmålet om gennemsigtighed. Da kommunen har indgået kontrakt med Berendsen, som tilbød samme T-shirt, er det usandsynligt, at kommunen ville have aflyst udbuddet af denne årsag.

Den fremlagte erklæring fra Berendsen ændrer ikke herpå. DFD har for så vidt ikke bestridt, at forskelle i antallet af vaske og fremgangsmåden ved tørring kan betyde, at selv T-shirts fra samme producent og batch kan føles forskellige og visuelt fremstå forskellige. Forskellene er dog marginale, og der er ingen dokumentation for, at der er forskelle i den måde, hvorpå DFD og Berendsen vasker og efterbehandler deres tøj. Den fremlagte erklæring understøtter tværtimod, at der vil kunne opstå de anførte (marginale) forskelle selv ved tøj fra samme tilbudsgiver/leverandør, men det godtgør eller sandsynliggør ikke, at samme T-shirt skulle fremtræde væsentligt forskelligt, alt efter om vask og efterbehandling er udført af Berendsen eller af DFD. Berendsen og DFD benytter således i alt væsentligt samme fremgangsmåder for vask og efterbehandling og har i det konkrete tilfælde desuden fået leveret T-shirts fra samme tøjproducent.

Selv hvis der skulle antages at være en forskel på de T-shirts, som DFD og Berendsen tilbød i forhold til gennemsigtighed, er det usandsynligt, at dette skulle have medført, at kommunen ville have aflyst udbuddet på grund af utilfredshed med en enkelt artikel. Et udbud af tøj er generelt et komplekst udbud, som er ganske ressourcekrævende, og som involverer brug af brugergrupper m.v. Udbuddet omfattede mellem 18 og 43 forskellige typer af beklædningsartikler afhængigt af, hvordan man vil opgøre det. Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at hvis kommunen var utilfreds med en enkelt af de tilbudte artikler, men uden at den pågældende artikel gjorde tilbuddet ukonditionsmæssigt, ville kommunen have aflyst udbuddet med de ressourcer og de risici, som dette ville have påført kommunen. Dette er dog usandsynligt.

Det er desuden sædvanligt i udbud inden for dette område, at der i forbindelse med eller efter kontraktindgåelse foretages justeringer i det tilbudte sortiment, og det er langt mere sandsynligt, at Ringkøbing-Skjern Kommune ville have anmodet DFD om en udskiftning af den pågældende T-shirt, hvis kommunen af den ene eller den anden grund havde været utilfreds med den, end

at kommunen ville have aflyst udbuddet.

Den tidligere kontrakt, som var indgået med DFD for en 5-årig periode, udløb oprindeligt den 31. august 2019. Selv under de foreliggende omstændigheder, hvor Ringkøbing-Skjern Kommune tildelte kontrakten i marts 2019, har det været nødvendigt at forlænge den bestående kontrakt med nogle måneder (til marts 2020) for at sikre tilstrækkelig tid til opstart af ny leverandør. Hvis Ringkøbing-Skjern Kommune havde aflyst udbuddet med henblik på at gennemføre et nyt udbud, ville det have nødvendiggjort en forlængelse af den bestående kontrakt for en betydelig periode, hvilket både udbudsretligt og aftaleretligt ville have været problematisk.

Subsidiært har DFD krav på at blive stillet som om, DFD ikke havde afgivet tilbud (negativ kontraktinteresse), dvs. med dækning af sine forgæves afholdte tilbudsomkostninger, jf. påstand 8.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at der ikke er årsagssammenhæng, idet Ringkøbing-Skjern Kommune under de konkrete omstændigheder ikke ville have tildelt rammeaftalen til DFD, uanset at DFD's tilbud indeholdt den laveste pris.

Ved klagenævnets vurdering af spørgsmålet, om Ringkøbing-Skjern Kommune var berettiget til at afvise tilbuddet fra DFD som værende ukonditions-mæssigt, blev det oplyst, at kommunen i forbindelse med evalueringen havde nedsat en brugergruppe bestående af 14 medarbejdere fra afdelingen for Sundhed & Omsorg. Disse medarbejdere skulle sammen med de øvrige relevante ansatte anvende de beklædningsgenstande, der var genstand for den udbudte rammeaftale. Der var i brugergruppen enighed om, at den T-shirt, som DFD tilbød, var gennemsigtig.

Det er dokumenteret af den fremlagte erklæring fra Berendsen, at der er en teknisk begrundelse for, at de to T-shirts blev opfattet forskelligt af brugergruppen, selv om de oprindeligt var fra samme producent, fordi efterbehandlingen har været forskellig.

DFD har anført, at DFD og Berendsen anvender samme fremgangsmåde for vask og tørring. Berendsen har dog anført, at virksomhedens metode er væsentlig forskellig sammenholdt med konkurrenterne, herunder DFD, og det er netop en af Berendsens konkurrencefordele. DFD's oplysning om, at DFD

gør det på samme måde som Berendsen, er desuden udokumenteret.

Brugergruppens vurdering har derfor været baseret på et sagligt grundlag, og det kan ikke tilsidesættes, at en enig brugergruppe ikke ville tildele rammeaftalen til DFD, fordi den T-shirt, som DFD tilbød, efter brugergruppens opfattelse var gennemsigtig og derfor ubrugelig. Der er herefter intet modsætningsforhold i, at kommunen tildelte rammeaftalen til Berendsen, og som følge af brugergruppens indstilling ikke ville have tildelt rammeaftalen til DFD.

Desuden var brugergruppens indstilling ikke kun baseret på den tilbudte T-shirt. Brugergruppens indstilling om, at tilbuddet fra DFD blev afvist, fremgår af tildelingsbeslutningen af 28. marts 2019, hvor det er anført, at den tilbudte T-shirt var gennemsigtig, at den tilbudte busseronne ikke kunne justeres, at der var problemer med proportion i tøjet, og at tøjet generelt var for småt i størrelserne. Dertil kommer, at brugergruppen de facto aldrig fik fremvist alle de krævede funktioner i DFD's it-system, og det derfor var uvist, om systemet opfyldte mindstekravene.

Uanset at disse forhold ikke kunne danne grundlag for udbudsretligt at anse DFD's tilbud for ukonditionsmæssigt, er det dokumenteret og utvivlsomt, at brugergruppen ikke ville have accepteret, at kommunen indgik rammeaftalen med DFD. Det følger heraf, at hvis kommunen dengang havde vurderet, at DFD's tilbud ikke kunne afvises, ville den eneste anden mulighed have været at annullere udbuddet. Det var således ikke en realistisk mulighed at tildele rammeaftalen til DFD og dermed tvinge de ansatte til at anvende noget tøj, som de anså for at være ubrugeligt til dets formål.

Situationen svarer til sagen afgjort af klagenævnet ved kendelse af 12. juli 2007, Dansk Høreteknik mod Københavns Kommune, hvor klagenævnet anførte, at hvis ordregiveren anser de tilbudte produkter for at være "reelt uantagelige", havde der ikke været en pligt til at tildele kontrakten til denne tilbudsgiver, uanset at tilbuddet var konditionsmæssigt, og derfor er betingelsen for positiv opfyldelsesinteresse ikke til stede. Tilsvarende følger af klagenavnets kendelse af 28. februar 2019, Aarsleff Rail A/S mod Viborg Kommune.

Parternes synspunkter ad erstatningskravet:

DFD har vedrørende påstand 7 nærmere anført, at det omfattede krav er opgjort som DFD's mistede dækningsbidrag ved ikke at være tildelt kontrakten med Ringkøbing-Skjern Kommune.

Kravet er opgjort som den forventede omsætning under kontraktens løbetid med fradrag af de variable omkostninger, som DFD sparer ved ikke at udføre kontrakten. Der er i sagen fremlagt en specificeret opgørelse, der viser, hvordan tabet nærmere er beregnet. Tabet er en kausal og påregnelig følge af Ringkøbing-Skjern Kommunes overtrædelser af udbudsreglerne.

DFD har medregnet et beløb på kr. 766.000, der er opgjort som et skøn over supplerende omsætning, som DFD ville have opnået i henhold til den udbudte kontrakt, hvis DFD havde fået tildelt kontrakten. Det følger af udbudsbetingelsernes pkt. 2.30, at leverandøren er ansvarlig for tøj, der bortkommer på vaskeriet eller i forbindelse med transporten fra/til leveringssted, mens kommunen skal betale for bortkommet beklædning på afdelingerne. Under en kontrakt som den foreliggende forekommer der altid et naturligt svind hos ordregiveren, og der er således tale om en påregnelig og naturligt forekommende accessorisk ydelse under kontrakten. DFD har således ingen kontrakter om levering af tøj/tøjvask til kommuner, hvor der ikke forekommer et svind, som kommunerne er ansvarlige for betaling af. Det konkrete beløb på 766.000 er beregnet ud fra DFD's fakturaer til kommunen i perioden april 2019 – marts 2020 under den tidligere gældende kontrakt multipliceret med kontraktperiodens varighed i år (6 år) under den udbudte kontrakt. De pågældende fakturaer har kommunen betalt uden indsigelser. Hertil er lagt det beløb, som DFD har faktureret kommunen ved den tidligere kontrakts ophør.

Kommunen estimerede ved udbuddet i 2013/14 af den tidligere kontrakt et forbrug på 1.075.525 artikler per år, mens kommunen i 2019-udbuddet estimerede et forbrug på 1.213.628 artikler per år, hvilket afspejler en betydelig stigning i det estimerede forbrug. Det er alt andet lige forventeligt, at det svind, som kommunen under den udbudte kontrakt vil være ansvarlig for, i absolutte tal vil være større end under den tidligere kontrakt. At der vil være en yderligere omsætning som følge af svind kan ikke med rimelighed bestrides, og det beløb, som DFD har indregnet, er ansat på baggrund af et rimeligt skøn ud fra de faktiske forhold.

DFD har et særligt godt grundlag for at opgøre tabet, idet DFD har udført den kontrakt, som gik forud for den udbudte kontrakt. Den udbudte kontrakt ville

desuden skulle leveres fra DFD's fabriksenhed i Vejen i Sydjylland, og som ydelserne i henhold til den tidligere kontrakt blev leveret fra.

DFD har indhentet en erklæring fra virksomhedens revisor, der er fremlagt i sagen, og hvoraf det fremgår, at revisoren på baggrund af DFD's afdelingsregnskab for Vejen bekræfter, at de procenter, som DFD har anvendt på posterne 4, 5 og 7 i opgørelsen, svarer til de faktiske tal. Der er alene 2 poster (post 6 og 10) i opgørelsen, hvor revisoren har konstateret, at tallene afviger fra de faktiske tal, og hvor DFD har opgjort disse en anelse lavere. Når distributionsomkostningerne (post 6) og afskrivningerne (post 10) varierer fra de gennemsnitlige tal, hænger dette selvsagt sammen med, at det har været muligt for DFD at beregne konkrete tal for de angivne omkostninger i post 6 og 10, mens dette ikke er muligt for de øvrige poster, da produktionen i forhold til Ringkøbing-Skjern Kommune indgår som en meget lille del af den samlede produktion i Vejen.

For de poster, hvor det ikke har været muligt at opgøre de konkrete omkostninger forbundet med produktionen til Ringkøbing-Skjern Kommune, har DFD – som bekræftet af revisoren – anvendt de gennemsnitlige omkostningsprocenter for produktionen i Vejen. Dette er gjort på trods af, at det ikke er givet, at DFD ville kunne reducere sine omkostninger med de pågældende beløb.

Hvis klagenævnet ikke finder det bevist, at Ringkøbing-Skjern Kommune ville have annulleret udbuddet i stedet for at indgå kontrakt med DFD, har det formodningen imod sig, at Ringkøbing-Skjern Kommune ville have indgået kontrakten med DFD og dernæst bringe denne til ophør med 1 måneds eller 6 måneders varsel. Det savner yderligere mening, at kommunen skulle have ønske om først at have alt besværet med implementering af nyt tøj under den nye kontrakt og dernæst opsige denne, gennemføre nyt udbud og gennemgå samme besvær én gang mere under en efterfølgende kontrakt inden for få måneder. Det er under alle omstændigheder urealistisk, at kommunen inden for henholdsvis 1 eller 6 måneder kunne nå at gennemføre et nyt udbud og have kontraktstart med en eventuel anden leverandør.

Kommunen har heller ikke i øvrigt løftet bevisbyrden for, at en kontrakt med DFD ville være bragt til ophør før tid, og det fremgår udtrykkeligt af kontrakten i udbudsbetingelsernes pkt. 3.1, at "Kontrakten forudsættes indgået

for en periode på 6 år i tidsrummet 1.12.2019 – 30.11.2025.” Også den kontrakt, som den her omhandlede kontrakt skulle erstatte, forløb i hele den oprindeligt forudsatte kontraktperiode på 5 år (og blev herudover forlænget med nogle måneder til den 31. marts 2020). En ordregiver bør ikke ved at indsætte en diskretionær opsigelsesadgang i en udbudt kontrakt, kunne fastsætte et ”erstatningsmaksimum” for overtrædelser af udbudsreglerne.

Der skal ikke ved opgørelsen af erstatningsbeløbet tages udgangspunkt i DFD’s sædvanlige overskudsgrad, svarende til ca. 8% af den opgjorte omsætning, beregnet som et gennemsnit af DFD’s overskudsgrad over perioden 2013/14 – 2018. Det relevante udgangspunkt for erstatningen er således efter praksis ikke klagerens overskudsgrad, men derimod klagerens dækningsbidrag. At det er dækningsbidraget og ikke overskudsgraden, som er det relevante udgangspunkt, fremgår af både retspraksis og den juridiske teori.

DFD er enig i, at klagenævnet eller domstolene i flere sager har foretaget fradrag i kravet om erstatningen på grund af den risiko, som den tabsberettigede part er blevet frigjort fra. Den nævnte praksis knytter sig imidlertid i altovervejende grad til det, der kan betegnes som komplekse ”projekt-leverancer”, navnlig inden for bygge- og anlægsområdet. Inden for de pågældende områder er det ofte forekommende, at visse projekter giver stort underskud, mens andre projekter giver stort overskud, og dette afspejler, at der er meget betydelige og jævnlige aktualiserede risici ved kontrakter om de pågældende leverancer.

I den konkrete sag forholder det sig imidlertid anderledes. Der er tale om en stærkt standardiseret ydelse, som DFD er specialiseret i at udføre, og som DFD løbende udfører for en lang række kunder. DFD oplever derfor ikke de udsving, som man oplever ved projekt-leverancer. Hertil kommer, at DFD har udført fuldt tilsvarende ydelser for Ringkøbing-Skjern Kommune under den hidtidige kontrakt og derfor har helt særlige forudsætninger for fortsat at udføre den på en standardiseret, specialiseret og påregnelig måde. Der er derfor ikke grundlag for at foretage et fradrag i DFD’s opgjorte tab som følge af usikkerhed om, hvorvidt dækningsbidraget ville kunne realiseres, eller med henvisning til, at DFD skulle være frigjort fra en risiko ved ikke at få tildelt kontrakten.

Det bør i denne forbindelse også tillægges betydning, at de to største aktører

i Danmark, DFD og Berendsen, begge afgav tilbud, og at deres tilbud lå prismæssigt meget tæt. Der er derfor ikke grundlag for at antage, at kalkulationen af de risici, der er forbundet med kontraktens udførelse, skulle være særlig vanskelig eller være forbundet med særlig usikkerhed. Der er således ikke grundlag for at foretage noget fradrag for risikoen for bodsbetaling. DFD har kontrakter med en række kommuner om levering af tøjvask m.v., og i en betydelig del af disse er der bestemmelser om bod ved misligholdelse. DFD erindrer ikke, at DFD nogensinde har betalt bod under nogen af disse kontrakter. Ringkøbing-Skjern Kommune har ikke nævnt andre eksempler på fradrag for risici, og der er da heller ikke andre realistisk forekommende risici, som DFD er frigjort for ved ikke at være tildelt kontrakten.

DFD har vedrørende påstand 8 nærmere anført, at kravet er opgjort som DFD's forgæves afholdte omkostninger i forbindelse med afgivelse af tilbud.

Der er i sagen fremlagt en specificeret opgørelse, der viser, hvordan tabet nærmere er beregnet, nemlig som en opgørelse over omkostninger, skønnet tidsforbrug ved udarbejdelsen af DFD's tilbud og ved deltagelse i vareafprøvning og forevisning af IT-anlæg m.v.

Tabet er en kausal og påregnelig følge af Ringkøbing-Skjern Kommunes overtrædelser af udbudsreglerne, idet DFD ikke ville have afholdt de pågældende omkostninger, hvis DFD havde vidst, at Ringkøbing-Skjern Kommune ville overtræde udbudsreglerne som sket, uden at DFD havde mulighed for at få erstattet sin positive opfyldelsesinteresse.

Ringkøbing-Skjern Kommune har vedrørende påstand 7 gjort gældende, at der til brug for tabsopgørelsen som et absolut maksimum skal anvendes en overskudsgrad svarende til gennemsnittet for DFD's seneste 5 offentliggjorte regnskabsår. Hvis klagenævnet finder, at betingelserne for erstatning for positiv opfyldelsesinteresse er opfyldte, kan tabet derfor opgøres til mellem 9.213 kr. og 663.352 kr.

DFD har opgjort de skønnede driftsomkostninger og afskrivninger. DFD har alene uddybet posterne om distributionsomkostninger og afskrivninger, idet de øvrige poster er uoplyste, og alle poster er udokumenterede.

Positiv opfyldelsesinteresse kan ikke fastsættes højere, end hvad DFD ville

have været berettiget til, hvis DFD havde fået tildelt rammeaftalen. Af udbudsbetingelsernes pkt. 3.1 fremgår, at de første 6 måneder af kontraktperioden betragtes som en prøveperiode, i hvilken Ringkøbing-Skjern Kommune er berettiget til at opsige kontrakten med et skriftligt varsel på 1 måned, og at kontrakten i hele aftaleperioden af begge parter kan opsiges uden begrundelse med seks måneders varsel til udløbet af en kalendermåned. Det følger derfor, at DFD i første omgang kun havde været sikker på at have rammeaftalen i 1 måned, da Ringkøbing-Skjern Kommune i rammeaftalens prøveperiode kunne opsige denne med 1 måneds varsel, hvorefter der kunne ske opsigelse med 6 måneders varsel.

Hvis klagenævnet ikke er enig i kommunens anbringende om, at DFD ikke ville have fået tildelt rammeaftalen, fordi kommunens ansatte anså DFD's T-shirt for at være gennemsigtig, og tilbuddet derfor var reelt uantageligt, må det som minimum lægges til grund, at kommunen ville have gjort brug af sin ret til at opsige rammeaftalen med det kortest mulige varsel. Det kunne ske uden begrundelse, og det gælder derfor så meget desto mere, at da kommunens ansatte ikke anså DFD's T-shirt for at være brugbar, ville kommunen have opsagt rammeaftalen med et varsel på enten 1 måned eller 6 måneder med henblik på genudbud snarest muligt.

Det havde været muligt for kommunen at tilrette det eksisterende udbudsmateriale meget hurtigt, herunder at omformulere kravspecifikationen, så det var mere klart, hvornår et tilbud ville blive afvist, og kommunen kunne dermed undgå en situation, hvor brugergruppen anså et tilbud for reelt uantageligt, men tilbuddet udbudsretligt ikke kunne afvises. Et genudbud kunne være blevet iværksat, straks det stod klart, at resultatet af det første udbud ikke var tilfredsstillende, og kunne have været gennemført i løbet af få måneder. Det ville således ikke have været nødvendigt at opretholde rammeaftalen med DFD i mere end 6 måneder for at kunne gennemføre et nyt udbud med et resultat, som kommunens ansatte ville acceptere.

Det vil beløbsmæssigt betyde, at opgørelsen af omsætning skal fastsættes til 184.264 kr. (1 måneds omsætning) eller 1.105.586 kr. (6 måneders omsætning). Hvis omsætningen fastsættes til et højere beløb, vil DFD blive stillet bedre i relation til opgørelse af erstatning, end rammeaftalen tilsiger.

DFD har medregnet et beløb på 766.000 kr., der udgør et forventet tab for bortkommet tøj. Dette beløb er ikke en omsætning, men et erstatningsbeløb,

og det er derfor irrelevant for denne tabsopgørelse. DFD kommer ikke til at levere noget tøj til Ringkøbing-Skjern Kommune, og DFD vil dermed ikke miste noget tøj. Desuden er det udelukket efter dansk rets almindelige erstatningsprincipper, at der kan ifaldes erstatningsansvar baseret på en forventning om, at kommunen vil miste noget tøj. Denne post skal derfor under alle omstændigheder holdes ude af tabsopgørelsen, idet Ringkøbing-Skjern Kommune ikke kan være erstatningsansvarlig for et tab, der er baseret på, at en ikke-leverandørs tøj muligvis bortkommer i fremtiden med en hypotetisk værdi.

DFD har opgjort et dækningsbidrag inklusive afskrivninger på 29,5 %. Dette er multipliceret med den opgjorte omsætning, hvorved der fremkommer et tab svarende til påstandsbeløbet på 4.136.884 kr. Ved opgørelsen af et muligt tab skal der i stedet tages udgangspunkt i DFD's normale overskudsgrad, som kan dokumenteres ved årsrapporter.

Af DFD's seneste offentliggjorte årsrapport for 2018, hvor hoved- og nøgletal fremgår, ses det, at DFD's overskudsgrad over 5 år har været følgende:

”

2013/2014	2014/15	2015/16	2016/17	2018
7,7 %	8,1 %	8,3 %	9,8 %	6,0 %

”

DFD har ikke i et regnskabsår i denne periode opnået et overskud i nærheden af 29,5 %, som anvendes af DFD i tabsopgørelsen. DFD's gennemsnitlige overskudsgrad i denne 5 års periode er på 7,98 %, som kan afrundes til 8 %. DFD har ikke redegjort for, hvorfor rammeaftalen med Ringkøbing-Skjern Kommune skulle indebære et overskud, der er mere end 3 gange så højt som DFD's normale overskudsgrad. Der skal til brug for tabsopgørelsen som et absolut maksimum anvendes en overskudsgrad svarende til gennemsnittet for de 5 regnskabsår.

Ved opgørelse af tab baseret på positiv opfyldelsesinteresse skal der endvidere foretages et fradrag for risici, som DFD undgår ved ikke at skulle levere i henhold til rammeaftalen. Det fremgår f.eks. af udbudsbetingelsernes pkt. 3.14, at leverandøren kan ifalde en bod på 2 % af leverancevederlaget pr. måned pr. forhold, dog maksimalt 20 % af leverancevederlaget. Denne bodsstørrelse skal der tages højde for ved den skønsmæssigt fastsatte erstatning.

Erstatningen skal baseres på, at DFD ikke fik tildelt rammeaftalen, og alle bestemmelser i udbudsbetingelserne skal derfor tages i betragtning ved den skønsmæssigt fastsatte erstatning. Det er således ikke muligt at se bort fra f.eks. bodsbestemmelsen, alene fordi DFD antager, at DFD ikke ville være ifaldet bod, hvis DFD havde fået tildelt rammeaftalen.

Hvis det antages, at der som udgangspunkt skal anvendes DFD's normale gennemsnitlige overskudsgrad på 8 %, vil en bod på 2 % af omsætningen pr. forhold kunne reducere overskuddet forbundet med denne rammeaftale betydeligt. Den skønsmæssigt fastsatte overskudsgrad forbundet med rammeaftalen skal derfor nedsættes fra 8 % til 5 % for at tage højde for sparede risici, herunder særligt risikoen for at ifalde bod.

Ringkøbing-Skjern Kommune har vedrørende påstand 8 gjort gældende, at hvis klagenævnet er enig med kommunen i, at DFD ikke ville have fået tildelt rammeaftalen, fordi kommunens brugergruppe anså DFD's tilbud for reelt uantageligt, er betingelserne for negativ kontraktinteresse til stede, og det samlede tab for negativ kontraktinteresse kan ikke udgøre mere end 80.660 kr.

DFD har ved opgørelsen af negativ kontraktinteresse på 133.430 kr. medregnet en post forbundet med gennemgang af høringsmateriale. Dette er ikke en del af tilbudsafgivelsen, og det tidsforbrug, der var forbundet med gennemgangen, ville således have været afholdt, uanset om udbuddet havde været gennemført eller ej, og uanset om DFD havde afgivet tilbud eller ej. Derfor kan denne post, som DFD har opgjort til 21 timer a 370 kr., ikke medregnes i en opgørelse af negativ kontraktinteresse, der herefter skal reduceres med et beløb på 7.770 kr.

Derudover har DFD medregnet et tab forbundet med vareprøver på 45.000 kr. DFD medtog sine vareprøver efter demonstrationen, så de kunne anvendes ved andre udbud. Der er derfor ikke et tab forbundet med disse vareprøver, og denne post kan derfor ikke kræves erstattet.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Klagenævnet har ved kendelse af 15. maj 2020 konstateret, at Ringkøbing-Skjern Kommune handlede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at afvise DFD's tilbud som ukonditionsmæssigt, og at Ringkøbing-Skjern Kommune handlede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens §§ 161 og 162, stk. 1, ved at tildele rammeaftalen til Berendsen, selv om Berendsen ikke har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af det fastsatte tildelingskriterium i udbudsbetingelserne.

Ringkøbing-Skjern Kommune har herved handlet ansvarspådragende over for DFD.

Ad årsagssammenhæng og erstatningskravet:

Ad påstand 7

DFD har krævet erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Efter klagenævnets praksis er det en betingelse for en sådan erstatning, at det er bevist, at den forbigåede tilbudsgiver ville have fået kontrakten, hvis ordregiveren ikke havde overtrådt udbudsreglerne.

Selv om det lægges til grund, at DFD afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, var Ringkøbing-Skjern Kommune ikke forpligtet til at indgå kontrakt med DFD. En ordregiver har således 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. Dette forudsætter dog, at Ringkøbing-Skjern Kommune påviser forhold, som gør det overvejende sandsynligt, at kommunen ville have annulleret udbuddet, hvis det var erkendt, at tilbuddet fra DFD var konditionsmæssigt.

Ringkøbing-Skjern Kommune har blandt andet gjort gældende, at kommunen ville have annulleret udbuddet, fordi en enig brugergruppe anså DFD's tilbudte T-shirt for at være gennemsigtig og dermed ubrugelig for kommunen, og der var desuden andre forhold, der gjorde sig gældende, herunder at tøjet generelt var småt i størrelserne, og at der var problemer med proportionsforholdene. Derudover fik brugergruppen ikke forevist alle de krævede funktioner i DFD's it-system, og det var derfor uvist, om systemet opfyldte

mindstekravene. Desuden har kommunen anført, at brugergruppen, selv om de nævnte forhold udbudsretligt ikke kunne danne grundlag for at anse DFD's tilbud for ukonditionsmæssigt, ikke ville have accepteret, at kommunen indgik rammeaftalen med DFD, og det var derfor ikke en realistisk mulighed at tildele rammeaftalen til DFD og tvinge de ansatte til at anvende noget tøj, som de helt åbenbart anså for at være ubrugeligt til dets formål.

Klagenævnet kunne ikke ved kendelsen af 15. maj 2020 lægge til grund, at Berendsens T-shirt havde fået en efterbehandling, som havde betydning for, om den var gennemsigtig. Selv om Ringkøbing-Skjern Kommune nu under erstatningssagen har fremlagt en udtalelse fra Berendsen om virksomhedens tests med tørringsmetoder, ændrer det ikke klagenævnets afgørelse. Da Ringkøbing-Skjern Kommune således vurderede, at Berendsens tilbudte T-shirt ikke var gennemsigtig, og da DFD's T-shirt var magen til Berendsens T-shirt, lægger klagenævnet til grund, at DFD's T-shirt heller ikke var gennemsigtig.

Det er ubestridt, at DFD i øvrigt afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og da Ringkøbing-Skjern Kommune ikke efter de foreliggende oplysninger har sandsynliggjort, at udbuddet ville være blevet annulleret, hvis det var erkendt, at DFD's tilbud var konditionsmæssigt, har DFD krav på erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse.

Da klagenævnet lægger til grund, at DFD's T-shirt ikke var gennemsigtig, er der ikke grundlag for at antage, at Ringkøbing-Skjern Kommune ville have opsagt rammeaftalen med DFD inden udløbet af kontraktperioden på 6 år.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at klagenævnet til brug for tabsopgørelsen som et absolut maksimum skal anvende en overskudsgrad svarende til gennemsnittet for de (seneste) 5 regnskabsår. I overensstemmelse med sædvanlig klagenævns- og retspraksis fastsættes erstatningen dog på grundlag af det forventede dækningsbidrag.

DFD har opgjort dækningsbidraget til 4.137.884 kr. i kontraktperioden.

DFD har i den samlede omsætning medregnet et beløb på 766.000 kr., der udgør et forventet tab for bortkommet tøj. Klagenævnet er enig med Ringkøbing-Skjern Kommune i, at dette beløb ikke er en omsætning, men et erstatningsbeløb, og det skal derfor ikke indgå ved tabsopgørelsen.

På denne baggrund og i øvrigt under hensyn til den usikkerhed, der altid vil være ved indtægter og udgifter over en fremtidig 6-årig periode, pålægger klagenævnet Ringkøbing-Skjern Kommune at betale en skønsmæssig fastsat erstatning på 2.500.000 kr. med procesrente som fastsat nedenfor.

Sagsomkostninger

Efter sagens udfald skal Ringkøbing-Skjern Kommune betale yderligere omkostninger til DFD som fastsat nedenfor.

Herefter bestemmes:

Ringkøbing-Skjern Kommune skal til De Forenede Dampvaskerier A/S betale 2.500.000 kr. med procesrente fra den 8. april 2019.

Ringkøbing-Skjern Kommune skal i yderligere sagsomkostninger til De Forenede Dampvaskerier A/S betale 25.000 kr.

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

Ringkøbing-Skjern Kommunes indbringelse af denne kendelse for domstolene inden for søgsmålsfristen på 8 uger, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 1, har opsættende virkning.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent