

K E N D E L S E

Assemble A/S
(advokat Fie Rooed og
advokat Lau Normann Jørgensen, København)

mod

Sorø Kommune
(advokat Nick Bronstein og
advokat Anders Nørgaard Jensen, København)

Den 12. marts 2021 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen. Denne kendelse vedrører den erstatningspåstand, som Assemble A/S (herefter "Assemble") efterfølgende har nedlagt. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Assemble har nedlagt følgende endelige påstand:

Påstand 3

Sorø Kommune tilpligtes til Assemble at betale 6.236.610,60 kr., subsidiært et af klagenævnet fastsat mindre beløb, med tillæg af procesrente fra klagens indgivelse den 8. juni 2020, subsidiært forrentet fra et senere tidspunkt.

Sorø Kommune har nedlagt påstand om frifindelse og har i øvrigt bestridt kravets opgørelse.

Sorø Kommune er under skriftvekslingen vedrørende erstatningen fremkommet med en række korrektioner til det faktiske grundlag, som forelå for klagenævnet ved afsigelsen af kendelsen den 12. marts 2021. Der foreligger imidlertid tilstrækkeligt grundlag til at afgøre erstatningsspørgsmålet.

Gengivelsen af parternes anbringender er i overensstemmelse hermed begrænset.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 12. marts 2021 konstaterede klagenævnet, at Sorø Kommune under udbuddet har overtrådt udbudsloven således:

”Sorø Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 2, stk. 2, ved at tildele leveringsaftale af pladshenvisningssystem til dagtilbud i Sorø Kommune til KMD A/S via SKI rammeaftale 02.19 SaaS-Cloud og ved ikke at evaluere Assemble A/S’ tilbud uagtet, at dette levede op til behovsopgørelsen.

Sorø Kommunes beslutning af 26. maj 2020 om at tildele leveringsaftale om pladshenvisningssystem til dagtilbud i Sorø Kommune til KMD A/S annulleres.”

Assemble har i det væsentlige gjort gældende, at klagenævnets kendelse af 12. marts 2021 fastlægger, at Sorø Kommune har handlet ansvarspådragende over for Assemble.

Da denne sag udelukkende vedrører kommunens mulige betaling af erstatning til Assemble, skal klagenævnet se bort fra anbringender til støtte for, at klagenævnets kendelse af 12. marts 2021 er forkert. Sorø Kommunes synspunkter bestrides i øvrigt.

Betingelserne for at tillægge Assemble erstatning for positiv opfyldelsesinteresse er, at der foreligger et ansvarsgrundlag, at der er kausalitet og ædekvans, og at Assemble ikke har udvist egen skyld og har opfyldt sin tabsbegrænsningspligt. Disse betingelser er alle opfyldt.

Hvis Sorø Kommune ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne, ville Assemble have fået tildelt kontrakten. Assemble har dermed løftet sin bevisbyrde for at få tildelt erstatning som positiv opfyldelsesinteresse.

Da Sorø Kommune ikke tidligere har fremlagt den indgåede kontrakt med KMD, har Assembles oprindelige tabsopgørelse været udarbejdet på basis af

kvalificerede estimater samt den værdi på 8 mio. kr., som er angivet i tildelingsbekendtgørelsen.

Den evalueringstekniske sum af KMDs kontrakt er opgjort til 13.106.255,47 kr. Assemble bestrider, at Assembles tilsvarende evalueringstekniske pris skal opgøres til 11.446.282,83 kr., som anført af kommunen. Assembles evalueringstekniske pris er derimod 6.484.134 kr. som opgjort ved brug af de priser, som Assemble har tilbudt ved rammeaftalens indgåelse, og beregnet ved brug af SKIs beregningsark for evalueringsteknisk pris, idet skemaet til lige angiver Assembles erstatningskrav, således:

”Beregningsenhed: Borgere i Servicen
Estimeret antal enheder: 3.063 Borgere

Service	4.878.797,00
<i>Kerneydelse</i>	<i>1.693.857,00</i>
<i>Funktionelle Tillægsydelser</i>	<i>3.184.940,00</i>
Overtagelse	13.450,00
Exit	79.593,00
Standardoptioner	466.638,00
Konsulenttimer	385.298,00
Uddannelse	660.358,00
Totalpris 10 år	6.484.134,00
Hosting og drift (inkl. Server og Netværk samt Database)	247.523,40
<i>Server og Netværk</i>	<i>80.984,30</i>
<i>Database</i>	<i>166.539,10</i>
Dækningsbidrag 10 år	6.236.610,60

...”

Ifølge Rammeaftalens retningslinjer skal tilbuddene fra de leverandører, hvis løsninger lever op til kravspecifikationen, evalueres efter kriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” for at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Vurderingen skulle foretages ud fra en vurdering af de stående tilbud under 02.19, med underkriterierne Pris (55 %) og Kvalitet (45 %).

Da omregningen af pris til point baserer sig på en model, hvor laveste pris får 10 point, og priser, der er 50 % eller højere end laveste pris, får 1 point, ville point for pris have set ud som følger:

”KMDs evalueringstekniske pris er 13.106.255,46 kr., og Assembles pris er 6.484.134 kr. Assemble ville derfor have fået 10 point. KMDs pris er 49,5 % højere ($6.484.134 / 13.106.255,46 * 100 = 49,5 \%$), og ville derfor have fået 1 point.”

Den kvalitative vurdering af tilbuddene skulle udelukkende basere sig på de to delkriterier, ”Overtagelse” og ”Exit”, som vægtede lige højt. Selve den tekniske løsning var ikke genstand for kvalitativ evaluering.

At Sorø Kommune ikke har foretaget en kvalitativ evaluering af henholdsvis KMDs tilbud og Assembles tilbud bevirker således ikke, at Assemble ikke kan bevise, at Assemble ville have fået tildelt kontrakten. Uanset om KMD havde fået 10 point for kvalitet, og Assemble kun havde fået 1 point for kvalitet – hvilket i øvrigt synes yderst usandsynligt – ville Assemble have vundet, da vægningen var 55 % på pris og 45 % på kvalitet.

Særligt om kravet om ædækvans har Assemble henvist til, at SKI har opdateret sin vejledning til 02.19 med en ”Kundevejledning - Hjælp til udarbejdelse af behovsopgørelse” således:

”Selvom det er korrekt at tildele direkte til servicen, når kun én service lever op til din organisations behov, skal du i så fald regne med, at dokumentationskravet vil stige. Det betyder bl.a., at krav sætningen skal kunne dokumenteres, herunder de behov, der medfører at flere mulige services begrænses til én service.

Dette vil særligt gælde, såfremt der er andre services på rammeaftalen, der er oplagte alternativer til den behovsspecificerede service – fx fordi de anvendes af andre offentlige kunder, der umiddelbart har samme behov. Er det således umiddelbart muligt at få løst tilsvarende behov ved brug af en konkurrerende service under rammeaftalen, bør du være opmærksom på at genbesøge de krav, der medfører, at mulige services begrænses til én service. Det skal du gøre for at sikre dig, at afgrænsningskravene reelt er saglige, objektive og proportionale - og i overensstemmelse med retningslinjerne for tildeling.”

SKIs nye vejledning er udtryk for, at en ordregiver ikke kan holde sig uvidende om konkurrencesituationen på 02.19-rammeaftalen. I en situation som

den foreliggende, hvor Assemble har været tildelt kontrakten tidligere, og hvor den pågældende kontrakt historisk set har skiftet mellem KMD og Assemble som leverandører over en årrække, kan kommunen ikke påstå at være uvidende om Assembles løsning, herunder at denne løsning kan opfylde kommunens forretningsmæssige behov, således som fastslået af klagenævnet i kendelsen af 12. marts 2021. Det var således påregneligt for kommunen, at fastlæggelsen af STORM niveau 3 kategorierne fik den betydning, at Assembles løsning blev fravalgt til fordel for KMDs.

Sorø Kommune har gjort gældende, at kommunen efter de almindelige erstatningsregler ikke er erstatningsansvarlig over for Assemble.

Sorø Kommune har nærmere anført, at kendelsen af 12. marts 2021 – herunder præmissen ”Havde Sorø Kommune evalueret Assembles tilbud, ville Assemble havde fået kontrakten, idet Assembles tilbud ikke havde oversteget 4 mio. kr.” – blev afsagt på baggrund af de faktiske oplysninger, der var fremlagt for klagenævnet på tidspunktet for kendelsens afsigelse. Denne vurdering skal ses i sammenhæng med, at den indgik som et moment ved vurderingen af, om tildelingen skulle opretholdes.

Det er ikke det samme som, at det uprøvet kan lægges til grund ved vurderingen af, om Assemble måtte være berettiget til positiv opfyldelsesinteresse. Det følger af dansk erstatningsrets almindelige principper, at den, der ønsker erstatning, skal løfte bevisbyrden for det påståede tab. Der påhviler i den sammenhæng skadelidte en tung bevisbyrde, som ikke kan sidestilles med den bevisbyrde, der blev lagt til grund i forhold til klagenævnets vurdering af, om der var grundlag for at opretholde tildelingsbeslutningen. Det bemærkes i den forbindelse, at der i sagen blev lagt vægt på nogle helt særlige faktuelle forhold, herunder forhold om håndteringen af aktindsigt.

Det er ikke korrekt, at kontrakten ville være tildelt Assemble, selv hvis kommunen havde evalueret Assembles tilbud, og der er således ikke den nødvendige årsagssammenhæng.

For det første opfylder Assembles tilbudte løsning ikke kommunens sagligt specificerede behov, hvorfor Assembles tilbud ikke kunne have været taget i betragtning. Assemble har under klagesagen henvist til andre funktionaliteter (STORM-koder) i Assembles løsning end de specificerede, men det betyder

ikke, at det efterspurgte behov opfyldes, eller at løsningen er egnet til at imødekomme de efterspurgte behov. Der er således en række centrale funktionalteter, som Sorø Kommune har ønsket ved pladsanvisningssystemet, som Assembles løsning ikke kan dække ud fra det, der er anført og beskrevet i tilbuddet. Hvis Sorø Kommune skulle anvende den af Assemble tilbudte løsning, ville der således være en række forvaltningsopgaver, som kommunen ikke kunne varetage. Af den grund kunne den tilbudte løsning fra Assemble ikke tages i betragtning, da der ikke ville kunne foretages en lovlig tildeling. Hertil kommer, at selv hvis Assembles løsning måtte opfylde de sagligt specificerede behov, kan tilbuddet ikke danne grundlag for en tildeling, allerede fordi det ikke fremgik af tilbuddet, at de specificerede behov opfyldes. En sådan tildeling ville også være i direkte modstrid med de udbudsretlige regler for direkte tildeling under en rammeaftale.

For det andet ville en tildeling af kontrakten – selv hvis det måtte antages, at Assembles løsning faktisk opfyldte kravene i Sorø Kommunes behovsopgørelse – bero på en kvalitativ vurdering af de afgivne tilbud. Den opgjorte evalueringstekniske pris for Assemble udgjorde mindst 11.446.282,83 kr. mod KMD's pris på 13.106.255,47 kr. Der skulle derfor have været foretaget en kvalitativ evaluering, der ville bero på Sorø Kommunes skøn. Da et sådan ikke blev foretaget – og klagenævnet ikke sætter sit skøn i stedet for ordregivers – kan Assemble allerede af den grund ikke løfte bevisbyrden for, at Assemble skulle have haft kontrakten tildelt, endsige være berettiget til positiv opfyldelsesinteresse.

For det tredje er situationen den, at selv hvis det måtte antages, at den løsning, som Assemble tilbød, faktisk opfylder Sorø Kommunes specificerede behov (STORM niveau 3), vil klagenævnet ikke blot kunne lægge til grund, at der ville skulle ske en direkte tildeling af kontrakten. I medfør af rammeaftalens tildelingsmekanisme ville Sorø Kommune i den situation nemlig skulle vurdere, om tildelingen ville skulle ske som direkte tildeling, eller om betingelserne for miniudbud ville være opfyldt. Da Sorø Kommune ikke har foretaget denne vurdering, kan det ikke fastslås, at Assemble ville have fået tildelt kontrakten gennem en direkte tildeling.

Såfremt Assembles tilbud måtte blive anset for at opfylde kommunens specificerede saglige behov, ville der potentielt også være andre leverandører på rammeaftalen, som ud fra de samme argumenter, som Assemble har påberåbt sig – såfremt disse argumenter måtte blive lagt til grund – ville kunne påstå,

at de skulle have fået tildelt kontrakten. Assemble ville således reelt være i konkurrence med flere andre potentielle leverandører om tildelingen. Det betyder, at Assemble – således også af denne grund – ikke kan løfte bevisbyrden for, at virksomheden ville have fået kontrakten tildelt, såfremt Sorø Kommune ikke havde tildelt kontrakten til KMD. Med andre ord er betingelsen om årsagssammenhæng – af samme grund – ikke opfyldt.

Klagenævnet anførte i kendelsen af 12. marts 2021, at der ikke var anført en saglig grund til, at de definerede behov ikke kunne løses på flere måder, og at der end ikke var givet nogen begrundelse (endsige fremlagt dokumentation) for, at de definerede behov skulle løses på en specifik måde. Sorø Kommune har nu fremlagt en hel række væsentlige, nye faktuelle oplysninger, der godtgør baggrunden for Sorø Kommunes behovsopgørelse og begrundet, hvorfor kommunens sagligt identificerede behov ikke kunne opfyldes af den af Assemble tilbudte løsning.

Samlet set ville den korrigerede evalueringstekniske pris for Assembles løsning, baseret på Assembles egen opgørelse, over en 10-årig periode, og på baggrund af prisreguleringen for Servicen, tillagt den korrigerede pris for ”Tilpasninger mv.” og ”Uddannelse”, samt tillagt omkostninger til ”opbevaring af Kundens data”, skulle være opgjort til følgende:

- Pris løsningen, service niveau ”Sølv”, 10 år	kr. 7.863.361,82
- Datakonvertering	kr. 72.355,85
- Afregning efter “capacity-on-demand”	kr. -
- Standardoptioner (arkivering, levering Danmarks statistik og Ledelsesinformation)	kr. 109.179,41
- Opbevaring af Kundens data	kr. 856.204,15
- Tilpasninger mv.	kr. 626.109,22
- Uddannelse	kr. 1.609.689,34
- Exit	<u>kr. 309.383,04</u>
- I alt	<u>kr. 11.446.282,83</u>

Klagenævnets præmis om, at ”...havde Sorø Kommune evalueret Assembles tilbud, ville Assemble have fået kontrakten, idet Assembles tilbud ikke havde oversteget 4 mio. kr.” må skulle forstås i den sammenhæng, den er fremsat. Det forhold, at klagenævnet lader momentet indgå ved vurderingen af, om tildelingsbeslutningen skulle annulleres, herunder om kontrakten

skulle have været tildelt KMD, er ikke det samme som, at klagenævnet også har forholdt sig til - endsige fortaget en prøvelse af - om Assemble skulle have haft kontrakten i en erstatningsretlig sammenhæng. Det følger af de almindelige erstatningsretlige principper og praksis på området, at det påhviler skadelidte at skulle løfte bevisbyrden for, at denne er berettiget til erstatning.

Sorø Kommune har nu fremhævet nye faktiske forhold i sagen, som ikke tidligere har været fremhævet, og som viser, at Assemble ikke har løftet bevisbyrden for, at Assemble – på baggrund af kommunens sagligt specificerede indkøbsbehov – lovligt kunne være blevet tildelt kontrakten og dermed kan tilkendes erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Det bemærkes i øvrigt, at der er tale om væsentlige nye faktiske oplysninger, som også er egnede til at kunne bevirke, at afgørelsen kunne have fået et andet indhold, hvis disse nye faktiske oplysninger havde været inddraget under denne del af sagen.

På baggrund af det ovenfor anførte gør Sorø Kommune således overordnet gældende, at en tildeling af kontrakten – selv hvis det måtte antages, at Assembles tilbudte løsning faktisk opfylder kravene – ville bero på en kvalitativ vurdering af de afgivne tilbud. Der er ikke gennemført en kvalitativ vurdering, hvorfor det ikke kan konstateres, hvem der ville være tildelt kontrakten. En tildeling af kontrakten – selv hvis det måtte antages, at Assembles tilbudte løsning faktisk opfylder kravene – ville også bero på en vurdering af, hvorvidt tildelingen skulle ske som direkte tildeling eller miniudbud. En sådan vurdering er ikke gennemført, hvorfor det ikke kan konstateres, hvem der ville have fået tildelt kontrakten. Desuden ville der potentielt kunne have været andre leverandører på rammeaftalen, der ville kunne have fået kontrakten tildelt, såfremt Assembles tilbud blev anset for konditionsmessigt. Der er således ikke den nødvendige årsagssammenhæng.

Ad erstatningskravet:

Assemble har gjort gældende, at erstatningen for den positive opfyldelsesinteresse efter fast praksis skal opgøres til det mistede dækningsbidrag som følge af, at kontrakten ikke blev tildelt og løb i den periode, som kontrakten skulle have løbet. Tabsopgørelsen skal tage udgangspunkt i kontraktens or-

dinære længde uden optioner eller forlængelser, medmindre det kan sandsynliggøres, at kontrakten ville løbe i hele løbetiden, inklusive mulige forlængelser. Tabsopgørelsen skal således baseres på en 10-årig løbetid.

Assemble har bestridt, at det angivne dækningsbidrag er ”eksorbitant højt”, og at der ikke i tilstrækkelig grad er indkalkuleret variable omkostninger.

Sorø Kommune har bl.a. gjort gældende, at Assemble ikke har løftet bevisbyrden for størrelsen af det påståede tab, der bestrides som udokumenteret. Dækningsbidraget på godt 97 % er endvidere urealistisk, eksorbitant højt og i øvrigt opgjort forkert i en række henseender. Assembles opgørelse af indtægter, der afregnes ud fra leverandørens beregningsenheder, er forkert. Erstatningen skal opgøres som mistet fortjeneste og ikke blot som mistet dækningsbidrag, hvorfor der skal ske yderligere fradrag i indkomstopgørelsen, og et eventuelt tab må på denne baggrund opgøres til et betydeligt lavere beløb end det påståede.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnets præmisser i kendelsen af 12. marts 2021 gengiver Assembles synspunkter bl.a. således:

”...Sorø Kommune har derfor været forpligtet til at evaluere både KMD’s og Assembles tilbud, da begge tilbud opfylder Sorø Kommunes behov. Der er ikke en saglig grund til, at de – i øvrigt sagligt – definerede behov ikke kan løses på flere måder. Kommunen har i hvert fald ikke givet nogen begrundelse, endsige fremlagt dokumentation for, at dens behov skal løses på en specifik måde. Havde Sorø Kommune evalueret Assembles tilbud, ville Assemble havde fået kontrakten, idet Assembles tilbud ikke havde oversteget 4 mio. kr.”

Gengivelsen indeholder oplysninger af faktisk karakter, herunder om størrelsen af Assembles tilbud, som var fremkommet under skriftvekslingen og ikke imødegået.

På det nu foreliggende grundlag kan klagenævnet konstatere, at den evalueringstekniske pris for så vidt angår KMD kan opgøres til 13.106.255,47 kr. Dette beløb indgår i Assembles begrundelse for, at en evaluering kunne afgøres alene ud fra de evalueringstekniske priser, sådan som rammeaftalens

evalueringssmodel var sammensat. I sin argumentation går Assemble imidlertid med hensyn til Assembles tilbud ud fra en evalueringsteknisk pris på 6.484.134 kr., som Sorø Kommune med rette har bestridt, og ikke den pris på 11.446.282,83 kr., som modsvarer 13.106.255,47 kr. i de beregninger, som Assemble anvender i forhold til tilbuddet fra KMD.

Klagenævnet kan derfor ikke tiltræde, at en hypotetisk evaluering af tilbud fra KMD og Assemble ikke ville nødvendiggøre stillingtagen til det kvalitative underkriterium, hvilket er en afgørende forudsætning for, at Assemble ville kunne løfte (den del af) sin bevisbyrde.

Assemble har således ikke bevist, at kontrakten ville være blevet tildelt virksomheden, dersom Sorø Kommune ikke havde lagt til grund, at KMD var den eneste virksomhed, der opfyldte kommunens behov.

Allerede af den grund tager klagenævnet Sorø Kommunes påstand om frifindelse til følge.

Herefter bestemmes:

Sorø Kommune frifindes.

Assemble A/S skal i sagsomkostninger til Sorø Kommune betale 35.000 kr.

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

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent