

K E N D E L S E

Atea A/S
(advokat Lotte Hummelshøj og
advokat Sebastian Asbjørn Pedersen, begge København)

mod

Region Sjælland
(advokat Anne Bergholt Sommer og
advokat Christoffer Goul Kilinc Andersen, begge Aarhus)

Den 31. maj 2022 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1-8 i sagen. Ved klageskrift af 22. juni 2022 har Atea A/S ("Atea") nedlagt påstande om erstatning.

Atea har nedlagt følgende påstande:

Påstand 9

Region Sjælland skal betale 11.709.359 kr. til Atea, subsidiært et mindre beløb efter klagenævnets skøn, med procesrente fra den 24. september 2021, subsidiært fra et senere tidspunkt fastsat af klagenævnet.

Påstand 10 (subsidiær i forhold til påstand 9)

Region Sjælland skal betale 364.327,47 kr. til Atea, subsidiært et mindre beløb efter klagenævnets skøn, med procesrente fra den 24. september 2021, subsidiært fra et senere tidspunkt fastsat af klagenævnet.

Atea har opgjort sit krav i påstand 9 således:

” ...

	Omsætning	Dækningsgrad	Dækningsbidrag
Hardware	19.174.122	10,30 %	1.974.935
Konsulenttimer	16.555.143	58,80 %	9.734.424
I alt	35.729.265		11.709.359

...”

Atea har opgjort sit krav i påstand 10 således:

” ...

Medarbejder	DKK	Forbrugt tid i DKK	Bilag til dokumentation af løn mv. for den konkrete medarbejder
Lars Luplau	DKK	6.533,13	Bilag 22a
Ole Bugge Mikkelsen	DKK	6.515,27	Bilag 22b
Brian Borella Wulf	DKK	9.221,15	Bilag 22c
Leif Pedersen	DKK	5.606,97	Bilag 22d
Niels B. Federspiel	DKK	10.372,00	Bilag 22e
Ulrik Skaarup Larsen	DKK	37.687,60	Bilag 22f
Carsten Hammersholt	DKK	54.188,81	Bilag 22g
Thomas Heltoft	DKK	73.247,63	Bilag 22h
Allan Zindel	DKK	30.630,11	Bilag 22j
Marc Temkkit	DKK	64.161,56	Bilag 22k
Lars Scheffmann	DKK	27.313,81	Bilag 22m
Mia Petersen	DKK	15.420,37	Bilag 22n
Anders Jørgen Mikkelsen	DKK	23.429,05	Bilag 22p
I alt	DKK	364.327,47	

...”

Af Ateas vedlagte erklæring om aftalte arbejdshandlinger af 22. juni 2022 fremgår bl.a. følgende:

”Erklæring om aftalte arbejdshandlinger vedrørende Atea A/S’ opgørelse i forbindelse med offentligt udbud om indkøb og anskaffelse af distribu-

eret antenne system, DAS-løsning (indendørs mobildækning) inkl. support, overvågning og vedligeholdelse til sygehusene i Holbæk, Roskilde, Slagelse, Næstved og Nykøbing Falster

Til ledelsen i Atea A/S

Formålet med denne erklæring om aftalte arbejdshandlinger

Vi har udført de handlinger, der er aftalt med Atea A/S vedrørende opgørelse af dækningsbidrag i forbindelse med offentligt udbud om indkøb og anskaffelse af Distribueret Antenne System, DAS-løsning (indendørs mobildækning) inkl. support, overvågning og vedligeholdelse til sygehusene i Holbæk, Roskilde, Slagelse, Næstved og Nykøbing Falster.

Denne erklæring er alene tiltænkt Atea A/S og må ikke anvendes af eller distribueres til andre parter.

...

Revisors ansvar

...

Denne opgave om aftalte arbejdshandlinger er ikke en erklæringsopgave med sikkerhed. Vi afgiver derfor ikke en revisionskonklusion eller udtrykker anden form for konklusion med sikkerhed.

...

Arbejdshandlinger og observationer

Vores arbejde har bestået i at udføre de nedenfor beskrevne arbejdshandlinger, der er aftalt med Atea A/S i aftalebrev indgået den 21.06.22.

Arbejdshandlingerne vedrører følgende opgørelse af dækningsgrad og – bidrag:

	Omsætning	Dækningsgrad	Dækningsbidrag
Hardware	19.174.122	10,3%	1.974.935
Konsulenttimer	16.555.143	58,8%	9.734.424
I alt	35.729.265		11.709.359

Arbejdshandlinger	Observationer
<p>1 Kontroller, med udgangspunkt i en omsætning på DKK 35.729.265, metoden for beregning af dækningsbidrag i Atea A/S' opgørelse i forbindelse med offentligt udbud om indkøb og anskaffelse af Distribueret Antenne System, DAS-løsning (indendørs mobildekning) inkl. support, overvågning og vedligeholdelse til sygehusene i Holbæk, Roskilde, Slagelse, Næstved og Nykøbing Falster. Kontroller herunder de anvendte dækningsgrader i opgørelsen på henholdsvis hardware og konsulentytelser svarer til de realiserede dækningsgrader vedrørende lignende kontrakter og leverancer fra 2021.</p>	<p>Vi har kontrolleret den modtagne opgørelse af dækningsbidrag vedrørende DAS-løsning i region Sjælland, og har fundet følgende:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Udtræk til brug for beregningen er modtaget fra ATEA' BI system (Olik Sense) - Der er anvendt dataudtræk for regnskabsåret 2021 - Der er anvendt data for forretningsområdet "Cabling", der vedrører DAS-løsninger - "Region Hovedstaden" er udvalgt som referencekunde i dette forretningsområde - Dataudtrækket for referencekunden i Cabling for "Hardware" viser en dækningsgrad på 10,3% for 2021. Dette er anvendt til beregning af dækningsbidrag på hardware - Dataudtrækket for det samlede forretningsområde "Cabling" i 2021 viser dækningsgrad på konsulenttimer på 58,8%. Dette er anvendt som reference til beregning af dækningsbidrag på konsulenttimene
<p>2 Efterberegnet dækningsbidragskalkulationen for mekanisk korrekt beregning</p>	<p>Vi har efterberegnet dækningsbidragskalkulationen jf. ovenfor uden bemærkninger. Det samlede dækningsbidrag er således beregnet til DKK 11.709.359</p>

”

I en ”tro og love erklæring” udfærdiget af Ateas CFO den 16. august 2022 står der bl.a.:

”Atea A/S har i 2021 realiseret en dækningsgrad på 10,3% på Region Hovedstaden kontrakten vedr. DAS hardware, jf. bilag 1 til denne erklæring, som er baseret på et direkte udtræk fra Atea A/S' regnskabstal for 2021 i divisionen cabling med kunden Region Hovedstaden. Som bilag 2 vedlægges faktura til Region Hovedstaden på denne kontrakt, som viser, at der er tale om en realiseret omsætning. Den oplyste dækningsgrad på 58,8% for konsulenttimer var den gennemsnitlige dækningsgrad for Atea

A/S' konsulenter i divisionen cabling under posteringen "Time & Projects" for regnskabsåret 2021, jf. bilag 3. Det bemærkes at det fremgår af bilag 3 at divisionen cabling i 2021 har realiseret en dækningsgrad på hardware på 5,2%. I 2021 havde divisionen cabling en usædvanlig leverance af hyldeforkanter til Coop på i alt DKK 24.964.998 med en dækningsgrad på 0,8%. Det er dokumenteret i bilag 3. Korrigeres der for omsætningen til Coop realiseret i divisionen cabling er der opnået en dækningsgrad på 10% i 2021 på niveau med tidligere år. I de 10% indgår den realiserede omsætning på Region Hovedstaden kontrakten."

Region Sjælland har påstået frifindelse.

Supplerende oplysninger

I Region Sjællands pressemeddelelse af 9. juni 2021 står der bl.a.:

"Regionsrådet afsætter 26 millioner kroner til at opgradere til 4g-netværk på sygehusene og i psykiatrien i Region Sjælland. Samtidig afsættes der 39,5 millioner kroner til blandt andet bedre faciliteter til online behandling og etablering af flere it-arbejdspladser i Ringsted."

I kontraktudkastet står der bl.a.:

"3.3 Option

Kunden har option på køb af Produkter angivet i Kontraktbilag 3, på de i Kontrakten aftalte vilkår. Kunden forbeholder sig ret til at udnytte optionen løbende når som helst i kontraktperioden, hvis optionen ikke vælges effektueret ved kontraktstart. Udnyttelse skal varsles skriftligt med mindst 60 dages varsel.

...

5.1 Kontraktperiode

Kontrakten træder i kraft den 1. oktober 2021 og er gældende til og med den 30. september 2025. Enhver under Kontrakten i kontraktperioden afgivet ordre er omfattet af Kontraktens bestemmelser, herunder i forhold til Leverandørens eventuelle misligholdelse, uanset at levering først sker efter kontraktperiodens udløb."

Det samlede resultat af Region Sjællands evaluering var ifølge evalueringsrapport af 24. september 2021 følgende:

"...

Underkriterier	Vægtning	Eltel Networks A/S	KM Telecom Danmark A/S	Kemp & Lauritzen A/S	Atea A/S
Teknik og Funktionalitet	30%	102	67	88	106
Implementering	15%	81,67	61,67	80	92,5
Service	15%	71	35	81	79
Pris	40%	25,92	12,45	40,00	32,68
Samlet point efter vægtning		71,17	41,50	82,96	81,35

...”

Af evalueringsrapporten fremgår endvidere følgende evalueringstekniske priser:

”...

Tilbudsgiver	Kemp & Lauritzen	Atea	Eltel	KM Telecom
Pris	32.735.900 kr.	35.729.265 kr.	38.498.703 kr.	44.010.237 kr.
Point	100	81,7	64,8	31,125
Samlet (40%)	40,00	32,68	25,92	12,45

...”

Den 21. december 2021 fakturerede Atea Region Hovedstaden et beløb på 17.198.593,03 kr. eksklusiv moms for levering af ”CommScope DAS HW” i anledning af et andet udbud, som Atea har påberåbt sig som værende sammenlignelig med udbuddet omfattet af denne sag. Ifølge Atea er der alene faktureret for hardware-delen.

Ved bekendtgørelse nr. 2022/S 062-163007 om indgåede kontrakter af 24. marts 2022, offentliggjort den 29. marts 2022, bekendtgjorde Region Sjælland, at kontrakten med Kemp & Lauritzen A/S (”Kemp & Lauritzen”) blev indgået den 28. september 2021. Ifølge bekendtgørelsens pkt. II.2.11) omfatter kontrakten optioner for udvidelse af DAS-anlæg. Værdien af kontrakten angives i bekendtgørelsens pkt. V.2.4) at udgøre 46 mio. kr. eksklusiv moms.

I en ”erklæring på tro og love” af 12. september 2022 fra Telpartner A/S’ (”Telpartner”) direktør står der bl.a.:

”Telpartner A/S har tillige udført opgaver for Region Sjælland, herunder i en række af regionens hospitaler, og undertegnede har i den forbindelse afgivet tro- og loveerklæring af 11. november 2021 i sagen Atea A/S mod Region Sjælland ..., hvor undertegnede udtalte sig om det af Region Sjælland offentliggjorte tegningsmateriale vedlagt Region Sjællands udbud af rammeaftale om indkøb og anskaffelse af Distribueret Antenne

System, DAS-løsning (indendørs mobildækning) inkl. support, overvågning og vedligeholdelse til sygehusene i Holbæk, Roskilde, Slagelse, Næstved og Nykøbing Falster.

Det skal hermed erklæres, at oplysningerne afgivet af undertegnede og Telpartner A/S' i erklæringen af 11. november 2021 under sagen var korrekte og byggede dels på den viden, undertegnede har som følge af, at Telpartner A/S for ti år siden leverede DAS-anlæg på Region Sjællands sygehuse. Telpartner A/S' levering til Region Sjælland omfattede en begrænset del af de arealer, der var omfattet af Regionens seneste udbudte rammeaftale, som nu omfatter en udvidet dækning i forhold til det eksisterende anlæg, idet der med den udbudte løsning blev opskaleret til fuld dækning. Dette medførte dog ikke, at undertegnede ikke uden videre kunne konstatere de åbenlyse mangler der var ved tegningsmaterialet. Manglerne vedrørte både antal af bygninger, indretning mv. samt mangler ved tegningerne i forhold til de krav, der helt gængst må stilles til tegningsmateriale, der skal danne baggrund for tilbudsafgivning på en løsning til en DAS-løsning, og som ikke havde noget med lokaler og indretning at gøre.

Undertegnede og Telpartner A/S' viden beror således på forhold, der går ti år tilbage, hvorfor Telpartner A/S ikke i sin bistand til Atea har kunnet gøre brug af erfaringer for udført arbejde på Region Sjællands sygehuse. Det bemærkes supplerende i den forbindelse, at der må formodes at være ændret meget på selve indretning, placering og størrelse af lokale siden Telpartner A/S' levering til Region Sjælland, ligesom Telpartner A/S ikke er i besiddelse af slutdokumentation på den eksisterende løsning, på hvilket der altid foretages ændringer, herunder ændringer i det endelige design/den endelige installation i forhold til oprindelige designtegninger.

Telpartner A/S har således ikke i nogen afgørende betydning kunnet gøre brug af sine erfaringer for udført arbejde på Region Sjællands sygehuse i forbindelse med bistanden til Atea under Region Sjællands udbud af rammeaftale om indkøb og anskaffelse af Distribueret Antenne System, DAS-løsning (indendørs mobildækning) inkl. support, overvågning og vedligeholdelse til sygehusene. Telpartner A/S' bistand til Atea er således primært foretaget med Telpartner A/S' omfattende erfaring med DAS-anlæg på de projekter, der er angivet i indledende afsnit af nærværende erklæring.”

Ad erstatningsgrundlaget

Ved kendelsen af 31. maj 2022 konstaterede klagenævnet, at Region Sjælland under udbuddet har overtrådt udbudsloven således:

”Ad påstand 1

Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved ikke at have givet adgang til materiale og oplysninger, der præcist angav, hvilket antal kvadratmeter, der var grundlaget for prisevalueringen, og ved således at have afvist at stille oplysninger til rådighed under udbuddet, som er væsentlige for udarbejdelsen af tilbud, og som den hidtidige leverandør råder over, og dermed ikke i videst muligt omfang at have søgt at udligne konkurrencefordele for den hidtidige leverandør.

Ad påstand 6

Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at forlænge fristen for afgivelse af tilbud uden i denne forbindelse at foretage en offentliggørelse af fristforlængelsen som en rettelse til udbudsbekendtgørelsen via offentliggørelse af et rettelsesblad til EU's publikationskontor.

Ad påstand 7

Region Sjællands tildelingsbeslutning af 14. september 2021 annulleres.”

Region Sjælland modtog fire tilbud, herunder fra Atea. Region Sjællands hovedanbringende under sagen er, at der ikke er årsagssammenhæng mellem Ateas tab og regionens overtrædelse af udbudsreglerne.

Parternes anbringender ad erstatningsgrundlaget, årsagssammenhæng og ad-ækvans

Atea har overordnet gjort gældende, at Region Sjælland ved de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at regionen efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Atea, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

Atea har nærmere gjort gældende, at det følger af klagenævnets praksis, at der er handlet ansvarspådragende, hvis EU's udbudsregler er overtrådt, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 17. december 2020, De Forenede Dampvaskerier A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune. Atea blev forskelsbehandlet negativt under udbuddet, idet Kemp & Lauritzens konkurrencefordel ikke blev udlignet. Det følger også af Højesterets dom af 11. maj 2007, jf. U.2007.2106H, at Region Sjælland har handlet ansvarspådragende ved at handle i strid med ligebehandlingsprincippet.

Region Sjælland kunne lovligt og enkelt have udlignet Kemp & Lauritzens konkurrencefordel. Dette undlod Region Sjælland på trods af gentagne opfordringer hertil fra tilbudsgiverne. Region Sjælland kunne have udlignet Kemp & Lauritzens konkurrencefordel bl.a. ved under udbuddet at have suppleret det mangelfulde tegningsmateriale med retvisende tegningsmateriale. Alternativt kunne Region Sjælland have givet tilbudsgiverne mere tid til at besigtige lokalerne, eller regionen kunne have udelukket Kemp & Lauritzen som følge af virksomhedens konkurrencefordel.

Det udgør en skærpende omstændighed for ansvarsvurderingen, at Region Sjælland har valgt at videreføre rammeaftalen med Kemp & Lauritzen og dermed ignorere klagenævnets annullation af regionens tildelingsbeslutning samt klagenævnets udtalelse om, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger, at rammeaftalen videreføres, jf. udbudslovens § 185, stk. 2. Kemp & Lauritzen har dermed haft en omsætning på rammeaftalen, som skulle have været Ateas.

Ad årsagssammenhæng

Uanset hvad Atea kortfattet måtte have angivet i klageskriftet af 24. september 2021 vedrørende ”uopsættelighed”, er dette irrelevant og ændrer ikke på, om der reelt foreligger årsagssammenhæng, ligesom Atea ikke har afskrevet sig retten til erstatning ved sine anbringender i klageskriftet.

Der er direkte sammenhæng – eller i hvert fald en til vished grænsende sandsynlighed for en sammenhæng – imellem Region Sjællands ansvarspådragende undladelse (den manglende udligning af Kemp & Lauritzens konkurrencefordel) og det forhold, at Atea ikke fik tildelt rammeaftalen.

Region Sjælland har ikke løftet bevisbyrden for og dermed godtgjort, at regionen ville have aflyst udbuddet, hvis regionen havde udelukket Kemp & Lauritzen. Region Sjælland var ifølge oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne om, at målet var, at DAS-løsningen skulle være leveret på fire hospitaler inden 31. december 2021, underlagt et tidsmæssigt pres for at indgå rammeaftalen om DAS-systemet, hvilket understøtter, at regionen med al sandsynlighed ikke ville have aflyst udbuddet, men i stedet ville have indgået kontrakten med den af de øvrige tilbudsgivere, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Tildeling af kontrakten til Atea

Det følger af praksis fra klagenævnet, at en forbigået tilbudsgiver skal påvise en til vished grænsende sandsynlighed for, at tilbudsgiveren ville have fået rammeaftalen, hvis ordregiveren ikke havde begået fejlene, for at kunne få erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune.

Det følger af retspraksis, herunder bl.a. Højesterets dom af 15. juni 2012 i Montaneisen-sagen, jf. U.2012.2952H, at det er Region Sjælland, der har bevisbyrden for, at Atea ikke ville være blevet tildelt kontrakten, hvis udbudsreglerne ikke var overtrådt, og at regionen ville have annulleret udbuddet, hvis Kemp & Lauritzen var blevet udelukket som følge af den ulovlige konkurrencefordel. Region Sjælland har ikke løftet beviset for, at kontrakten ikke ville være blevet tildelt Atea, hvis regionen havde udelukket Kemp & Lauritzen, som regionen burde have gjort, når regionen undlod at udligne Kemp & Lauritzens konkurrencefordel.

Der foreligger en til vished grænsende sandsynlighed for, at Atea ville have vundet udbuddet, såfremt Region Sjælland havde udlignet Kemp & Lauritzens konkurrencefordel. Atea blev ved evalueringen nummer 2 med 81,35 point mod Kemp & Lauritzens 82,96 point, hvilket udgjorde en forskel på 1,61 point.

Atea scorede højere end Kemp & Lauritzen på to ud af tre af de kvalitative parametre, ”Teknik og Funktionalitet” og ”Implementering”. Kemp & Lauritzen scorede 0,29 højere i vægtede point end Atea på det sidste kvalitative parameter ”Service”. Atea blev dog kun nummer 2 i konkurrencen, idet Kemp & Lauritzen scorede sammenlagt 1,61 point højere end Atea, herunder da Kemp & Lauritzen havde en højere score på pris end Atea, hvor Kemp & Lauritzen scorede 40 vægtede point på pris (100 ikke vægtet point), og Atea scorede 32,68 vægtede point på pris (81,7 ikke vægtet point). Hvis Atea havde fået 34,30 vægtede point for pris, ville Atea have vundet rammeaftalen. Da pris vægtede 40 %, svarer 34,30 vægtet point til en ikke-vægtet score på pris på 85,75. Atea ville således have opnået en ikke-vægtet score på 85,75 point ved at tilbyde en samlet pris på ca. 35.068.300 kr. Det svarer til, at Atea skulle have tilbudt 660.965 kr. lavere end sit aktuelle bud, svarende til en reduktion med 1,85 %, for at have vundet udbuddet med 82,97 samlede vægtede point mod Kemp og Lauritzens 82,96 samlede vægtede point.

Atea ville have afgivet et tilbud, der var mindst 1,85 % lavere, såfremt Region Sjælland havde udlignet Kemp & Lauritzens konkurrencefordel. Der henvises herved til, at de øvrige tilbudsgivere, herunder Atea, måtte indregne et risikotillæg for variation i fordelingen af og afvigelser i antal af kvadratmeter på lokaliteterne i deres tilbudspris, som Kemp & Lauritzen på grund af sin konkurrencefordel ikke var nødsaget til at indregne. Et sådan risikotillæg udgør med al sandsynlighed mere end 1,85 % af tilbudsprisen, og Ateas pris ville derfor være mere end 1,85 % lavere end Ateas aktuelle tilbudte pris, såfremt Atea ikke havde været nødsaget til at indregne dette risikotillæg.

Atea ville således have tilbudt en pris, der var mere end 660.965 kr. lavere end Ateas aktuelle pris, hvis Region Sjælland havde udlignet Kemp & Lauritzens konkurrencefordel, hvormed Atea ville have fået det antal point, der skulle til for at vinde udbuddet.

Dette støttes yderligere af, at Region Sjælland har anerkendt, at såfremt man nedsatte Ateas tilbudspris i forhold til blot én delydelse – nemlig delydelsen vedrørende nedtagning af den eksisterende DAS-løsning, der med regionens egne ord alene udgjorde en forsvindende lille del af den samlede pris – således at Ateas pris blev helt tilsvarende den pris, der blev tilbudt af Kemp & Lauritzen, og der således ikke indregnes et risikotillæg i Ateas pris, ville dette føre til, at Atea ville få samlet 82,73 point, medens Kemp & Lauritzen ville få 82,96 point. Dermed ville Atea alene mangle 0,24 vægtede point for at vinde udbuddet.

Der skulle under udbuddet angives priser på fem delydelser. Atea ville også kunne have reduceret sin pris på de øvrige delydelser og dermed opnået en score, der var minimum 0,24 point højere endnu. Atea ville derfor samlet have fået en langt bedre score på pris og dermed vundet udbuddet, såfremt Atea kunne have afgivet den samlede pris uden at indregne et risikotillæg.

Atea scorede bedre end Eltel Networks A/S, som blev nr. 3, på både de kvalitative underkriterier og pris. Eltel Networks A/S' tilbud var 2.769.438 kr. dyrere end Ateas tilbud. Eltel Networks A/S' tilbudspris skulle således reduceres væsentligt mere end Ateas tilbudspris, førend Eltel Networks A/S' tilbud prismæssigt ville blive bedre end Ateas. En eventuel udligning af Kemp & Lauritzens konkurrencefordel ville ikke umiddelbart have haft betydning for eller påvirke tilbuddene rent kvalitativt.

Der er således intet, der understøtter, at kontrakten i et kontrafaktisk scenarie, hvor Region Sjælland enten havde udlignet konkurrencefordelen eller udelukket Kemp & Lauritzen, ville være blevet tildelt Eltel Networks A/S; tværtimod understøtter det forhold, at Eltel Networks A/S' tilbud var både væsentligt dyrere end Ateas og fik væsentligt dårligere scorer på de kvalitative underkriterier, at dette ikke ville have været tilfældet.

Foruden at undlade at give tilbudsgiverne mulighed for at kunne besigtige arealerne i et tilstrækkeligt omfang undlod Region Sjælland også at give mulighed for at regulere prisen, således at der kunne tages højde for usikkerheden og risikoen forbundet med de uklare tegninger. Begge forhold kunne have været medvirkende til at udligne Kemp & Lauritzens konkurrencefordel.

Kan udbudsmaterialet danne grundlag for en lovlige tildelingsbeslutning

Klagenævnet har i kendelse af 31. maj 2022 ikke udtalt, at udbudsmaterialet ikke kunne danne grundlag for en lovlige tildelingsbeslutning. Region Sjælland har først under erstatningssagen gjort dette anbringende gældende. Der er intet i sagen, som understøtter, at udbudsmaterialet og den foreliggende evalueringsmodel ikke kunne danne grundlag for en lovlige tildelingsbeslutning, og at den skete overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ikke kunne være blevet repareret/udlignet.

Region Sjælland antyder, at fremlæggelse af et fuldstændigt retvisende tegningsmateriale alene kunne foretages ved gennemførelse af en helt ny udbudsproces. I klagenævnets kendelser af 22. oktober 2021 og 31. maj 2022 er der allerede taget stilling til, at Region Sjællands tilføjelse af 567 nye tegninger alene udgjorde en væsentlig ændring af udbudsmaterialet – og ikke en ændring af grundlæggende elementer – som lovligt kunne foretages, når også tilbudsfristen blev forlænget, jf. udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2. Det må således kunne lægges til grund, at Region Sjælland også kunne have repareret på overtrædelsen/udlignet konkurrencefordelen ved at berigtige og offentliggøre (yderligere) retvisende tegningsmateriale, uden krav om gennemførelse af en helt ny udbudsproces. Region Sjælland har i øvrigt nu anerkendt, at det skal lægges til grund, at regionen faktisk kunne og burde have tilvejebragt et 100 % retvisende tegningsmateriale.

Alternativt kunne Region Sjælland have repareret på overtrædelsen/udlignet konkurrencefordelen ved at have givet tilbudsgiverne adgang til – i det nødvendige omfang – at besigtige lokalerne eller ved at udelukke Kemp & Lauritzen.

Region Sjællands ageren både før, under og efter gennemførelsen af udbudsprocessen bør i øvrigt komme regionen bevismæssigt til skade i forbindelse med bedømmelsen af erstatningskravet.

Ateas kendskab til de forhold, der begrundes overtrædelsen

Såfremt Region Sjælland får medhold i, at der ikke foreligger årsagssammenhæng, vil det reelt betyde, at en forbigået tilbudsgiver aldrig vil kunne opnå erstatning for positiv opfyldelsesinteresse i tilfælde af, at en ordregiver undlader at udligne en eksisterende leverandørs konkurrencefordel selv i tilfælde, hvor det er åbenbart, at manglende udligning er mulig og nødvendig for at skabe lige konkurrencevilkår for tilbudsgiverne, idet ordregiveren blot kan hævde, at udbudsmaterialet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning på grund af den manglende udligning, eller at tilbudsgiveren var bekendt med forholdet forud for tilbudsgivningen, fordi tilbudsgiveren forud for indgivelsen af tilbuddet stillede spørgsmål til forholdet.

En sådan retstilstand vil være meget uhensigtsmæssig og medføre en ineffektiv gennemførelse af udbudsprocesser, og den vil ikke være i tråd med dansk rets almindelige erstatningsregler, jf. også forarbejderne til klagenævnslovens § 14. En effektiv implementering af udbudsdirektiverne betinger, at det skal være muligt for en forbigået tilbudsgiver, der er blevet ”ramt” af ordregiverens manglende udligning af en eksisterende leverandørs konkurrencefordel, at kunne få erstattet sit økonomiske tab herved, og at det ikke under en efterfølgende erstatningssag skal komme en tilbudsgiver til skade, at tilbudsgiveren forud for indgivelsen af et tilbud har opfordret ordregiveren til at sikre ligebehandlingen i forbindelse med tilbudsgivningen ved at udligne den eksisterende leverandørs konkurrencefordel.

Såfremt en sådan praksis accepteres, vil det føre til, at alle ordregivere i samme situation kan spekulere i blot at undlade udligning, når en konkurrencefordel konstateres, og herefter fortsætte tilbuddet og håbe på, at der ikke indgives en klage bagefter – og hvis der så indgives en klage, vil den ”eneste”

konsekvens være, at udbuddet annulleres, men ordregiveren kan ikke ifalde erstatningsansvar.

Forholdet er tværtimod det, at udbudsreglerne forudsætter, at ordregivere gør alt, hvad de kan, for at udligne en eksisterende leverandørs konkurrencefordel, når dette er muligt og økonomisk rimeligt, og ikke tilsidesætter den eksisterende leverandørs rettigheder, jf. bl.a. præmis 147 i Rettens dom af 12. marts 2008 i sagen T-345/03, Cordis-sagen. Der henvises endvidere til præmis 42 i EU-Domstolens dom af 12. marts 2015 i sag C-538/13, eVigilo-sagen.

Da Atea og andre tilbudsgivere stillede spørgsmål til tegningsmaterialet, havde Region Sjælland en pligt til at handle for ikke at overtræde ligebehandlingsprincippet, og regionen burde have truffet alle passende foranstaltninger for at afhjælpe Kemp & Lauritzens konkurrencefordel ved at tilvejebringe et retvisende tegningsmateriale eller som minimum ved at give de øvrige tilbudsgivere adgang til ekstra besigtigelser og udskydelse af tilbudsfristen.

Region Sjælland gjorde ingenting for at udligne Kemp & Lauritzens konkurrencefordel, end ikke da klagenævnet i delkendelse af 22. oktober 2021 fastslog, at der forelå en sådan konkurrencefordel. I stedet for indgik Region Sjælland kontrakt med Kemp & Lauritzen, der påbegyndte levering under kontrakten, og regionen gør nu igen gældende, at det ikke ville have været muligt at tilvejebringe et 100 % retvisende tegningsmateriale på trods af, at regionen påstod det modsatte under klagesagen.

Det kan således konstateres, at Region Sjælland afviste at handle og rette for sig, selv når grove og alvorlige overtrædelser af ligebehandlingsprincippet forelå og var klart konstateret af klagenævnet i både delkendelse af 22. oktober 2021 og den endelige kendelse af 31. maj 2022. Region Sjællands argumenter er i øvrigt ikke konsistente, men derimod selvmodsigende og utroværdige, hvilket bør komme regionen bevismæssigt til skade ved bedømmelsen af erstatningssagen.

Udelukkelse af Kemp & Lauritzen

Kemp & Lauritzens konkurrencefordel blev udelukkende opretholdt som følge af Region Sjællands afvisning af at udligne den under udbuddet. Der er

dermed årsagsforbindelse imellem Ateas tab og Region Sjællands afvisning af at udligne Kemp & Lauritzens konkurrencefordel under udbuddet.

Det forhold, at Region Sjælland har undladt at udligne den konstaterede konkurrencefordel for Kemp & Lauritzen, selvom det ville have været muligt ifølge de udbudsretlige principper herfor, medfører, at regionen burde have udelukket Kemp & Lauritzen fra udbudsproceduren, jf. en analog anvendelse af udbudslovens § 39, stk. 3, og udbudslovens § 136, nr. 2.

Det fremgår ikke direkte af ordlyden af udbudslovens § 39 stk. 2 og 3, jf. udbudslovens § 136, nr. 2, at bestemmelsen finder anvendelse, når det ikke er en rådgiver, der har opnået en konkurrencefordel, som ikke bliver udlignet, men en tidligere leverandør, men det følger af praksis, at det i begge tilfælde udgør en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, hvis udligning af en konstateret konkurrencefordel ikke sker. Det må derfor også følge af ligebehandlingsprincippet, at konsekvensen af manglende udligning, som kunne og burde være sket, ifølge principperne herom må være den samme, uanset om konkurrencefordelen hos en tilbudsgiver skyldes, at denne er tidligere rådgiver eller tidligere leverandør, nemlig udelukkelse.

Forarbejderne til udbudsloven understøtter, at udelukkelse er konsekvensen, også i de tilfælde hvor konkurrencefordelen ikke skyldes, at tilbudsgiveren er tidligere rådgiver, men tidligere leverandør. Udbudsretlig litteratur understøtter også, at § 39, stk. 2 og 3, jf. § 136, nr. 2, skal anvendes analogt på en konstateret konkurrencefordel, der ikke er udlignet hos en eksisterende leverandør, jf. bl.a. Offentlige indkøb i praksis af Jesper Fabricius, 4. udgave.

Den praksis fra klagenævnet, som Region Sjælland har henvist til, er ikke relevant, da den vedrører tilfælde, hvor det ikke var muligt at reparere på udbudsmaterialet undervejs, hvilket var muligt for regionen, jf. i tilsvarende retning klagenævnets kendelse af 2. april 2020, MBG Entreprise A/S mod Københavns Kommune, som illustrerer, at synspunktet om, at erstatning er afskåret ved et ”ulovligt udbud”, finder sin begrænsning, når ordregiveren har mulighed for at rette op på ulovligheden eller uklarheden under udbudsprocessen. Kendelsen illustrerer også, at det tillægges betydning, at ordregiveren undervejs flere gange er blevet gjort opmærksom på en uklarhed og opfordret til at ændre den, men har undladt at reagere, sådan som det også er tilfældet for Region Sjællands vedkommende. Klagenævnets praksis understøtter således i høj grad, at der foreligger årsagssammenhæng i denne sag.

Ateas eventuelle konkurrencefordel

Ateas samarbejdspartner, Telpartner, havde ikke et indgående kendskab til den reelle bygningsmasse og det præcise antal kvadratmeter, som tilbuddet skulle baseres på, eller til omfang, alder og placering af den eksisterende løsning. Region Sjælland har heller ikke dokumenteret, at dette skulle være tilfældet. Endvidere havde Telpartner ikke samme viden og forudsætninger som Kemp & Lauritzen for afgivelse af tilbud under udbuddet. Kemp & Lauritzens kendskab var ikke begrænset i forhold til det aktuelle udbud som følge af, at dette var opskaleret til fuld dækning. Kemp & Lauritzens ulovlige konkurrencefordel fulgte ikke alene af selskabets egenskab af leverandør i forhold til det eksisterende anlæg, men også af Kemp & Lauritzens egenskab af leverandør på elektriker-entreprisen hos Region Sjælland, jf. også klagenævnets tidligere kendelser i sagen.

Det fremgår af erklæringen fra Telpartner, at Telpartner kun havde en viden, der var tilstrækkelig stor til at konstatere, at tegningsmaterialet over bygningerne var ufuldstændigt og forældet. Den udbudte DAS-løsning omfattede en udvidet dækning i forhold til det eksisterende anlæg, således at der med den udbudte løsning blev opskaleret til fuld dækning. Telpartners viden omfattede dermed kun en begrænset del af de arealer, der var omfattet af den udbudte løsning. Telpartner har ikke kunnet gøre brug af erfaringer fra udført arbejde på Region Sjællands sygehuse, der går ti år tilbage.

Klagenævnet har i kendelse af 31. maj 2022 endvidere lagt til grund, at Kemp & Lauritzen havde en konkurrencefordel i forhold til alle de øvrige tilbudsgivere, herunder Atea, som ikke blev udlignet, hvilket ikke ville have været tilfældet, hvis Ateas samarbejde med Telpartner kunne føre til, at Atea havde samme viden som Kemp & Lauritzen om bygningsmassen og den eksisterende løsning. Der forelå derfor ikke en konkurrencefordel i forhold til Atea.

Ad adækvans

Det må anses for påregneligt for Region Sjælland, at tilbudsgiverne ville lide et tab i det tilfælde, at en tilbudsgiver blev forbigået uberettiget og i strid med udbudsreglerne. Region Sjælland havde i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5) angivet, at rammeaftalen havde en anslået værdi eksklusivt moms på 58.000.000 kr.

Region Sjælland vil ikke bringe rammeaftalen med Kemp & Lauritzen til ophør som følge af klagenævnets kendelse af 31. maj 2022. Atea er derfor henvist til at få godtgjort sit tab ved økonomisk erstatning som følge af regionens overtrædelse af udbudsreglerne.

Region Sjælland har gjort gældende, at overtrædelserne af udbudsreglerne ikke indebærer, at regionen efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for Atea.

Ad årsagssammenhæng

Region Sjælland har nærmere gjort gældende, at Ateas tab på mistet dækningsbidrag ikke er en kausal følge af det forhold, der påberåbes som ansvarsgrundlag for kravet, nemlig den utilstrækkelige udligning af Kemp & Lauritzens konkurrencefordel ved udbuddet.

Følgende forhold er hver for sig til hinder for årsagssammenhæng i relation til det opgjorte krav på positiv opfyldelsesinteresse:

Tildeling af kontrakten til Atea

Det er Atea, der som erstatningssøgende har bevisbyrden for, at netop Atea ville være blevet tildelt kontrakten i et kontrafaktisk scenarie, hvor overtrædelsen af udbudsreglerne ikke havde foreligget. Atea kan ikke løfte denne bevisbyrde. Højesterets dom gengivet i U.2012.2952H fastslår alene, at ordregiver har bevisbyrden for, at alternativet ville have været annullation, i det omfang netop dette anbringende gøres gældende af ordregiveren. At alternativet nødvendigvis ville have været annullation, er imidlertid kun ét af flere af Region Sjællands overordnede anbringender. Dommen kan med andre ord ikke tages som udtryk for, at det er Region Sjælland, der skal godtgøre, at Atea ikke ville være blevet tildelt kontrakten, hvis overtrædelsen ikke havde foreligget. I Højesterets dom var der i øvrigt ikke tale om en overtrædelse af udbudsreglerne, der for at blive ”repareret” ville nødvendiggøre en stor og grundlæggende ændring af udbudsmaterialet, som ville have haft væsentlig betydning for konkurrencen. Sagen vedrørte således en helt usammenlignelig situation, hvor spørgsmålet kunne isoleres til at vedrøre, hvorvidt alternativet havde været annullation.

I det omfang klagenævnet ikke måtte anse det for sandsynliggjort, at udbuddet ville være blevet annulleret, skal Atea som erstatningssøgende således bevise, at Atea ville være blevet tildelt rammeaftalen i et kontrafaktisk scenarie, hvor udligningen af Kemp & Lauritzens konkurrencefordel var sket i tilstrækkeligt omfang.

Beviskravet indebærer nærmere, at der som minimum skal være en "til visshed grænsende sandsynlighed" for, at Atea ville være blevet tildelt kontrakten, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune. Bevisbyrden vil således ikke være løftet, hvis der består blot en rimelig tvivl om, hvad udfaldet af udbuddet ville have været, såfremt det forhold, der udgjorde en overtrædelse af udbudsreglerne, ikke havde foreligget.

I henhold til såvel Ateas anbringender under sagen som klagenævnets præmisser ville et 100 % retvisende materiale i stedet for det tegningsmateriale, der faktisk forelå, således have haft en væsentlig betydning for tilbudsgiverens prissætning. Atea har ikke godtgjort, at Atea ville have afgivet tilbuddet med den laveste pris i et sådant kontrafaktisk scenarie. Atea kan således ikke godtgøre, at Atea ville have afgivet et tilbud, der samlet set var økonomisk mere fordelagtigt end det tilbud, Kemp & Lauritzen kunne have tilbudt. Ateas tilbud var ikke det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Atea har gjort gældende, at Atea ville have tilbudt et lavere beløb, hvis Region Sjælland havde fremlagt tilstrækkeligt retvisende tegningsmateriale mv., og at Atea dermed ville have vundet udbuddet. Det er derfor selvmodsigende, når Atea i forhold til tabsopgørelsen alligevel tager udgangspunkt i sit eget tilbud.

Dette må tages som udtryk for, at Atea reelt anerkender, at Atea ville have tilbudt den samme tilbudssum, uanset om Region Sjælland havde fremlagt et fuldstændigt tegningsmateriale, og at Atea dermed også i det kontrafaktiske scenarie ville have tilbudt en højere tilbudssum. Dette indebærer, at Atea således heller ikke i det kontrafaktiske scenarie ville være blevet tildelt kontrakten, og at der også af den grund ikke er årsagssammenhæng mellem Region Sjællands manglende fremlæggelse af yderligere tegningsmateriale og kravet om erstatning.

Det må i den forbindelse lægges til grund, at Atea havde omtrent samme kendskab til de faktiske bygningsforhold som Kemp & Lauritzen. Atea skulle således ikke, eller højst i meget begrænset omfang, indregne en risiko for

afvigelser i forhold til tegningsmaterialet. Det kan således ikke antages, at Atea kunne have optimeret sin tilbudspris i et så væsentligt omfang, at Ateas tilbud samlet set ville have scoret højere end tilbuddet afgivet af Kemp & Lauritzen.

Atea kan derudover ikke godtgøre, at Atea ville have afgivet et tilbud, der samlet set var økonomisk mere fordelagtigt end det tilbud, som de øvrige tilbudsgivere – herunder særligt nummer tre ved udbuddet, Eltel Networks A/S – kunne have budt ind med. Atea havde et betydeligt større kendskab til de faktiske bygningsforhold end øvrige tilbudsgivere, herunder Eltel Networks A/S, der ved sin tilbudsafgivelse måtte indregne en langt større risiko for afvigelser mellem tegningsmaterialet og de faktiske bygningsarealer, end tilfældet var for Atea. Det kan ikke afvises, at Eltel Networks A/S kunne have optimeret sin pris i et sådant omfang, at Eltel Networks A/S kunne have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Da et retvisende tegningsmateriale er helt afgørende og nødvendigt for pris-sætningen i relation til den udbudte rammeaftale, kan det heller ikke afvises, at andre potentielle tilbudsgivere ville have budt ind, såfremt der havde foreligget et 100 % retvisende tegningsmateriale, og at sådanne tilbudsgivere i givet fald kunne have afgivet tilbud, der var det økonomisk mest fordelagtige. Der består på den baggrund som minimum en sådan tvivl om, hvem der ville have fået tildelt rammeaftalen i et kontrafaktisk scenarie, at der i hvert fald ikke foreligger en ”til vished grænsende sandsynlighed” for, at netop Atea ville være blevet tildelt rammeaftalen.

Der er ikke grundlag for at lade Region Sjællands ageren både før, under og efter gennemførelsen af udbudsprocessen komme regionen bevismæssigt til skade i forbindelse med bedømmelsen af erstatningskravet. Atea baserer dette anbringende på bl.a., at der skulle være tale om grove og alvorlige overtrædelser af ligebehandlingsprincippet. Klagenævnets endelige kendelse, der overvejende citerer præmisserne fra delkendelsen, understøtter ikke, at der skulle være tale om en sådan ”grov” eller ”alvorlig” overtrædelse af udbudsreglerne, hvilket heller ikke er tilfældet.

Kan udbudsmaterialet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning

Region Sjælland har gennem hele sagen gjort gældende, at det ikke var praktisk muligt at tilvejebringe et 100 % retvisende tegningsmateriale. Efter klagenævnets kendelse må det dog til brug for afgørelsen af erstatningsspørgsmålet lægges til grund, at Region Sjælland faktisk kunne og burde have tilvejebragt et 100 % retvisende tegningsmateriale.

Det følger af fast praksis fra klagenævnet, at den erstatningsretlige betingelse om årsagssammenhæng i forhold til et krav på positiv opfyldelsesinteresse ikke er opfyldt, såfremt udbudsmaterialet ikke var egnet til at danne grundlag for, at ordregiveren lovligt kunne foretage en kontrakttildeling. I den forbindelse henvises til bl.a. klagenævnets kendelser af 14. maj 2020, Jørns Rute- trafik A/S mod Nordjyllands Trafikselskab, af 16. april 2018, Vojens Taxi og Servicetrafik ApS mod Midttrafik, Sydtrafik og Fynbus, og af 23. maj 2016, Svend Pedersen A/S mod Favrskov Kommune.

Klagenævnet fandt ved kendelsen af 31. maj 2022 bl.a., at tegningsmaterialet ikke var ”fuldt ud tilstrækkeligt og retvisende til, at Region Sjælland kunne evaluere de modtagne tilbud, herunder fra Kemp & Lauritzen, på lige vilkår”. Udbudsmaterialet må på den baggrund anses som uegnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, da der ikke kan træffes en lovlig tildelingsbeslutning, hvis det som følge af udformningen af udbudsmaterialet ikke er muligt at evaluere de modtagne tilbud på lige vilkår.

Klagenævnets præmisser må forstås således, at en lovlig tildelingsbeslutning (som minimum) ville have forudsat, at der forelå et 100 % retvisende, definitivt tegningsmateriale. Et 100 % retvisende og fyldestgørende tegningsmateriale kunne ikke have været tilvejebragt som led i udbudsproceduren, hvorfor Region Sjællands eneste mulighed for at reparere på forholdet ville have været en annullation af udbuddet og derefter foretage en omfattende og langvarig bearbejdning af sygehusenes tegningsmateriale, hvorefter Region Sjælland kunne have gennemført et nyt udbud af en aftale om levering af et DAS-system.

Atea har under sagen anerkendt, at udbuddet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, og at der derfor ikke ville være den fornødne årsagssammenhæng for et krav på erstatning i tilfælde af annullation af tildelingsbeslutningen. Atea anførte således i sin anmodning om opsættende virkning, at Atea som følge af de nedlagte påstande ikke havde mulighed for at

opnå erstatning for den positive opfyldelsesinteresse i tilfælde af, at klagenævnet måtte give Atea medhold i klagen.

Region Sjælland har dermed godtgjort – eller i hvert fald dokumenteret, at det var overvejende sandsynligt – at regionen ville have været nødsaget til at annullere udbuddet for at kunne tilvejebringe et udbudsmateriale, der kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Dette ville have forudsat iværksættelse af betydelige arbejder med henblik på ajourføring af tegningsmaterialet på samtlige lokationer. Der kunne rent praktisk under den foreliggende udbudsprocedure ikke være tilvejebragt et 100 % retvisende tegningsmateriale. Det er i den forbindelse uden betydning, at Region Sjælland med sin oprindelige tidsplan ønskede levering inden udgangen af 2021, da dette ikke ville kunne lade sig gøre, såfremt der skulle have været tilvejebragt et 100 % retvisende tegningsmateriale. Klagenævnets kendelse af 2. april 2020, MBG Entreprise A/S mod Københavns Kommune, er ikke sammenlignelig. Udligning af Kemp & Lauritzens konkurrencefordel kunne ikke på nogen måde være sket i forbindelse med den igangsatte udbudsproces. Klagenævnets krav til fremlæggelse af et fuldstændigt retvisende tegningsmateriale og/eller gennemførelse af en fuld besigtigelse af ejendommene er forhold, som påvirker samtlige tilbudsgivere og udgør grundlæggende forudsætninger for beregningen og afgivelse af tilbud. Forholdet kunne alene berigtiges ved gennemførelse af en helt ny udbudsproces. Ved gennemførelse heraf ville alle tilbudsgiverne have væsentligt ændrede forudsætninger for afgivelsen af tilbud på opgaven, og der var derfor heller ikke grundlag for, at Region Sjælland blot kunne have afvist Kemp & Lauritzen som tilbudsgiver på udbuddet. Dette ville således ikke i fuldt tilstrækkelig grad have imødegået grundlaget for klagenævnets annullation af tildelingsbeslutningen, da dette påvirkede alle tilbudsgiverne. Ændringerne af udbudsprocessen med respekt for klagenævnets kendelse indebærer netop en forpligtelse for Region Sjælland til at rette på tilbudsforudsætningerne for alle tilbudsgiverne. Dermed ville en annullation af udbuddet og en ny udbudsproces være den eneste mulige udgang og løsning for en lovliggørelse. Gennemførelsen heraf i en sådan ny udbudsproces kunne lige vel føre til en tildeling til enhver af de øvrige tilbudsgivere.

Ateas kendskab til de forhold, der begrundede overtrædelsen

Det følger af fast praksis fra klagenævnet, at der ikke er årsagssammenhæng mellem en overtrædelse af udbudsreglerne og en tilbudsgivers påståede tab, såfremt den pågældende tilbudsgiver forud for afgivelsen af tilbud var eller

burde være bekendt med de forhold, der udgjorde en overtrædelse af udbudsreglerne. I en sådan situation foreligger der dels ikke årsagssammenhæng, dels foreligger der egen skyld. Der kan i den forbindelse henvises til bl.a. klagenævnets kendelse af 14. juli 2020, Kære Pleje Fredericia ApS mod Fredericia Kommune, og klagenævnets kendelse af 23. maj 2016, Svend Pedersen A/S mod Favrskov Kommune.

Atea var eller burde have været fuldt ud bekendt med de forhold, der i henhold til klagenævnets kendelse i sagen udgjorde en overtrædelse af udbudsreglerne, forud for Ateas beslutning om at afgive tilbud. Atea valgte desuagtet at afgive tilbud, hvilket udelukker årsagssammenhæng.

Atea var således fuldt ud bekendt med, at tegningsmaterialet var mangelfuldt og ikke retvisende i forhold til de faktiske bygningsforhold. Dette er dokumenteret ved Ateas spørgsmål under udbuddet, hvor Atea anførte, at det var Ateas ”opfattelse, at det ikke vil være muligt for Ordregiver at få ens tilbud fra de givende leverandører baseret på blot tegninger fra bilag 5, da det er vigtigt at kende omfanget af lokaler for at kunne tilsikre en korrekt prissætning”, hvilket er helt sammenfaldende med den konstaterede overtrædelse af udbudsreglerne. Dertil kommer, at Telpartner, som havde et indgående kendskab til de faktiske bygningsforhold, var underleverandør til Atea netop i relation til tegningsmaterialet.

Atea havde således et indgående kendskab til, at der var uoverensstemmelser mellem tegningsmaterialet og de faktiske bygningsforhold og -arealer.

Den ad påstand 1 konstaterede overtrædelse af udbudslovens § 2, ved at Atea ikke i tilstrækkeligt omfang var givet adgang til et nøjagtigt tegningsmateriale mv., har eller burde således have været åbenbar for Atea, som alligevel afgav tilbud. Der er derfor ikke årsagssammenhæng mellem overtrædelsen og det påståede tab, ligesom et eventuelt erstatningsansvar må anses for afskåret som følge af egen skyld hos Atea, jf. herved klagenævnets kendelse af 14. juli 2020, Kære Pleje Fredericia ApS mod Fredericia Kommune.

Udelukkelse af Kemp & Lauritzen

Ateas påstand om positiv opfyldelsesinteresse er baseret på en ukorrekt antagelse om, at Kemp & Lauritzen burde have været udelukket fra udbuddet. Den overtrædelse af udbudsreglerne, som klagenævnet konstaterede, bestod

imidlertid ikke i, at Kemp & Lauritzen skulle have været udelukket fra udbuddet.

Der er mellem parterne enighed om, at Region Sjællands overtrædelse af udbudsreglerne ifølge klagenævnets kendelse tværtimod bestod i, at Region Sjælland ikke i videst muligt omfang har mindsket Kemp & Lauritzens konkurrencefordel, selv om dette var muligt ifølge de udbudsretlige principper herfor. Ifølge Atea kunne Region Sjælland lovligt og enkelt have udlignet Kemp & Lauritzens konkurrencefordel. Der er også på den baggrund intet grundlag for Ateas antagelse om, at Region Sjælland kunne endsige skulle have udelukket Kemp & Lauritzen fra at deltage i udbuddet. Såfremt konkurrencefordelen ”lovligt og enkelt” kunne have været udlignet, ville det ikke have været i overensstemmelse med de udbudsretlige principper, herunder proportionalitetsprincippet, at udelukke Kemp & Lauritzen. Hvis dette var tilfældet, ville det da også i praksis have den uheldige og uoverskuelige konsekvens, at den eksisterende leverandør ganske ofte ville skulle udelukkes fra offentlige udbud. Kemp & Lauritzens konkurrencefordel kunne ifølge klagenævnets kendelse netop have været udlignet ved f.eks. at have tilvejebragt et helt retvisende tegningsmateriale mv.

Der var således intet grundlag for, at Kemp & Lauritzen – i realiteten blot med henvisning til dennes egenskab af eksisterende leverandør – skulle have været udelukket fra konkurrencen, hvis Kemp & Lauritzens konkurrencefordel ikke kunne udlignes. Hvis Kemp & Lauritzen skulle have været afvist som følge af dennes konkurrencefordel, skulle Atea helt tilsvarende have været afvist og udelukket fra udbuddet som følge af Ateas konkurrencefordel set i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

Ateas eventuelle konkurrencefordel

Atea har i kraft af sit samarbejde med sin underleverandør, Telpartner, selv haft en fuldt ud tilsvarende væsentlig konkurrencefordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere, som Kemp & Lauritzen havde under udbuddet.

Ateas underleverandør havde således omtrent samme kendskab som Kemp & Lauritzen til det oprindelige DAS-anlæg og dermed til bygninger og m²-arealer, der ikke var indeholdt i tegningsmaterialet, da Ateas underleverandør havde været den oprindelige designer af og har projekteret det oprindelige DAS-anlæg. Med den viden, som Atea dermed besad via sin underleverandør

om det oprindelige DAS-anlæg og indretning mv. af Region Sjællands sygehuse, havde Atea selv en sådan væsentlig, uretmæssig konkurrencefordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

Atea har ikke dokumenteret, at Atea ikke var inhabil i samme grad som Kemp & Lauritzen i kraft af det samarbejde, Atea har haft med Telpartner. Atea har i den forbindelse ikke sandsynliggjort endside dokumenteret, at Telpartner ikke havde samme viden og forudsætninger som Kemp & Lauritzen for afgivelse af tilbud.

Erklæringen på ”tro og love” fra Telpartner er et partsindlæg, der i bevismæssig henseende må sidestilles med, at oplysningerne blev afgivet af Atea selv. Telpartner har som underleverandør til Atea i sagens natur helt sammenfaldende interesser med Atea.

Klagenævnet har i sine kendelser ikke forholdt sig til, hvorvidt – og i givet fald i hvilket omfang – der forelå en konkurrencefordel for Kemp & Lauritzen i forhold til netop Atea. Det var således ikke relevant for klagenævnet at forholde sig til netop Ateas kendskab, og præmissen om, at der forelå en konkurrencefordel i forhold til ”de øvrige tilbudsgivere”, er da også helt generelt formuleret. Selv hvis klagenævnet måtte have forholdt sig hertil, er der i hvert fald ikke taget stilling til, om der forelå en lige så stor konkurrencefordel i forhold til Atea som i forhold til de øvrige tilbudsgivere – hvilket ikke tilnærmelsesvist var tilfældet.

Hvis det antages, at der forelå en konkurrencefordel for Kemp & Lauritzen, var dette således nødvendigvis også tilfældet for Atea i forhold til de øvrige tilbudsgivere, da Atea havde et betydeligt merkendskab til de faktiske bygningsforhold set i forhold til de øvrige tilbudsgivere og således kunne udnytte denne viden i forbindelse med sin tilbudsafgivelse.

Den omstændighed, at Telpartners viden måtte være begrænset af det forhold, at der ved udbuddet blev opskaleret til fuld dækning, gjorde sig i samme udstrækning gældende i forhold til Kemp & Lauritzen. Dette indebar således ikke nogen forskel mellem Kemp & Lauritzens og Ateas kendskab til de faktiske bygningsforhold m.v.

Ateas og Telpartners forsøg på at ”tale sit eget kendskab ned” stemmer ikke overens med det indgående merkendskab, som Atea og Telpartner objektivt

kan konstateres at have haft på baggrund af dels spørgsmål/svar-processen, dels erklæringen på ”tro og love” fra Telpartners direktør, hvorved Atea/Telpartner detaljeret kunne pege på en række – efter Ateas eget udsagn væsentlige – fejl i tegningsmaterialet. Ateas og Telpartners udlægning af Telpartners kendskab til bygningsforhold mv. er derfor ikke korrekt.

Selv i det omfang Kemp & Lauritzen antages at have et større kendskab til de faktiske bygningsforhold set i forhold til Atea/Telpartner, så ændrer dette ikke på, at Atea/Telpartner havde et betydeligt merkendskab til bygningsforholdene set i forhold til de øvrige tilbudsgivere, som i så fald ligeledes gav Atea en væsentlig konkurrencefordel i forhold til disse.

Det er uforeneligt på den ene side at fastslå, at Kemp & Lauritzen som følge af sit merkendskab til de faktiske bygningsforhold havde en konkurrencefordel, der burde have været udlignet i videre omfang, og på den anden side fastslå, at dette omvendt ikke var tilfældet for Atea/Telpartner.

Parternes synspunkter ad erstatningskravet

Atea har vedrørende påstand 9 gjort gældende, at Atea ville have fået kontrakten om det udbudte indkøb, hvis Region Sjælland ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne og dermed erstatningspådragende, og at virksomheden derfor har krav på en erstatning, der svarer til den positive opfyldelsesinteresse.

Efter fast praksis fra klagenævnet skal erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse fastsættes på grundlag af det forventede dækningsbidrag i den samlede kontraktperiode, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 17. december 2020, De Forenede Dampvaskerier A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, hvilket blev tiltrådt ved Retten i Glostrups dom af 9. december 2022. Dækningsbidraget opgøres som den mistede fortjeneste under kontraktens løbetid med fradrag af de variable omkostninger, svarende til den måde Atea har opgjort sit dækningsbidrag.

Ateas tab ved ikke at få tildelt rammeaftalen udgør således Ateas beregnede dækningsbidrag på 11.709.359 kr. Dækningsbidraget er baseret på en sammenlignelig kontrakt på levering af et DAS-system, som Atea har indgået med Region Hovedstaden efter afholdt udbud. Ateas faktura af 21. december 2021 til Region Hovedstaden for hardware viser, at der er tale om levering af

et DAS-system til et stort sygehus – altså en sammenlignelig ydelse, idet der står, at fakturaen vedrører ”DAS HW leverance”.

Den dokumentation, som Atea har påberåbt sig til støtte for kravet, udgør efter klagenævnets praksis tilstrækkelig dokumentation for mistet dækningsbidrag, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 2. april 2020, MBG Entreprise A/S mod Københavns Kommune.

Ad kontraktværdien

Kemp & Lauritzen har indtil videre faktureret ca. 21.400.000 kr. ekskl. moms. Region Sjælland indgik rammeaftalen med Kemp og Lauritzen den 21. september 2021. Kontrakten har en samlet løbetid på 4 år, og der er ikke grundlag for som påstået af Region Sjælland, at erstatningen skal tage udgangspunkt i et betydeligt lavere beløb end de 35.729.265,10 kr. ekskl. moms, som Atea har lagt til grund for sine beregninger, idet den evalueringstekniske sum alene udgør 22.409.265,10 kr. ekskl. moms, da der allerede er faktureret over 21 mio. kr. Det fremgår i øvrigt af pkt. II.2.11) i bekendtgørelse om indgåede kontrakter, at rammeaftalen fortsat omfatter ”Optioner for udvidelse af DAS anlæg”.

Region Sjælland har valgt at udnytte alle optioner på kontrakten, og Ateas samlede tab udgør således det samlede dækningsbidrag – herunder inkl. optioner – Atea ville kunne have oppebåret under rammeaftalen. Ved udmålingen af Ateas erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse skal der derfor tages udgangspunkt i Ateas samlede evalueringstekniske sum inklusive optioner.

Idet Region Sjælland allerede har valgt at udnytte optionerne, og disse kan effektueres på et hvilket som helst tidspunkt under rammeaftalens løbetid, skal erstatningen udmåles til 11.709.359 kr. Der henvises i den forbindelse til klagenævnets kendelse af 2. april 2020, MBG Entreprise A/S mod Københavns Kommune, hvor den tilbudte entreprisensum var opgjort inklusive optioner. Det følger således at klagenævnets praksis, at erstatningskrav opgøres inklusive optioner.

Ad bevilling

Det kan ikke føre til et andet resultat, at Region Sjælland har oplyst, at der samlet set er bevilling til anskaffelser til en værdi af samlet op til 26 mio. kr., da det ikke kan afvises, at der vil blive givet en bevilling på det fulde beløb i rammeaftalens 4-årige løbetid. Der henvises i den forbindelse til, at det fremgår af rammeaftalens pkt. 5.1, at ”Kontrakten træder i kraft den 1. oktober 2021 og er gældende til og med den 30. september 2025.”, og at det følger af rammeaftalens pkt. 3.3 om optioner, at ”Kunden forbeholder sig ret til at udnytte optionen løbende når som helst i kontraktperioden, hvis optionen ikke vælges effektueret ved kontraktstart.”

Ad dækningsbidrag på hardware

Det fremgår af Ateas udtræk fra økonomisystemet, hvilket dækningsbidrag på hardware Atea har haft inden for det relevante forretningsområde (”division Cabling”) i årene 2019, 2020 og 2021, samt hvilket dækningsbidrag på hardware Atea har haft på sine offentlige kontrakter i årene 2019, 2020 og 2021. Disse tal er indgået i reviderede årsregnskaber for de pågældende år, og der er tale om tal, som er baseret på realiserede omsætninger, ikke budgettal eller prognoser.

Ateas kontrakt med Region Hovedstaden, jf. udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 220-576845, udgør en sammenlignelig kontrakt. Den udbudte anskaffelse vedrørte: ”... en offentlig kontrakt, hvor Region Hovedstaden ønsker at anskaffe supplerende hardwarekomponenter til eksisterende Commspoce DAS – Installation på Rigshospitalet under Region Hovedstaden. Hardwarekomponenterne skal anvendes til indendørs mobildækning og kobling SINE – nettet på Rigshospitalets Nordfløj under Region Hovedstaden”. Kontrakten havde en anslået værdi eksklusiv moms på 17.200.000 kr.

Det forhold, at en kontrakt bliver udbudt som en hasteprocedure, medfører ikke, at kontrakten ikke har været konkurrenceudsat. Region Hovedstaden vurderede blot, at betingelserne for at udbyde med en forkortet tilbudsfrist var opfyldt. Det er således ikke korrekt, når Region Sjælland angiver, at den referencekontrakt, som Atea har fremlagt, ikke reelt har været konkurrenceudsat. Det var muligt for andre tilbudsgivere end Atea at afgive tilbud på kontrakten. Kontrakten blev udbudt til markedet, hvormed alle interesserede kunne afgive tilbud, uanset om kontrakten var udbudt som hasteprocedure. Det er videre ikke korrekt, at Atea i forbindelse med den gennemførte konkurrenceudsættelse kunne gøre krav på et langt større dækningsbidrag, end

hvad der ellers er sædvanligt. Tværtimod fremgår det af udbudsbekendtgørelsen, at den pris, som Atea afgav tilbud med, svarede til Region Hovedstadens anslåede værdi af den udbudte kontrakt, som også var det beløb, der fremgik af afsnit V.2.4) i bekendtgørelse om indgåede kontrakter nr. 2021/S 242-637445. Det er dermed dokumenteret, at Ateas tilbudspris var på det niveau, som Region Hovedstaden i forbindelse med offentliggørelse af udbuddet havde anslået kontraktværdien til at være, hvilket i sig selv dokumenterer, at det ikke er korrekt, at Atea i forbindelse med afgivelse af tilbud på denne kontrakt kunne indregne et langt større dækningsbidrag, end hvad der ellers er sædvanligt. Det må tværtimod kunne lægges til grund, at Ateas tilbudspris svarede til Region Hovedstadens anslåede tilbudspris.

Det er ikke korrekt, at Ateas dækningsgrad på 10,3 % i relation til hardware er kunstigt højt, og at Atea ikke skulle have frasorteret leverancen til Coop, hvor dækningsgraden var på 0,8 %. Dækningsgraden vedrørende hardware-delen på 10,3 % er retvisende. Der henvises til erklæringen på tro og love med bilag fra Ateas CFO, som viser Ateas samlede dækningsgrad på hardware til offentlige kunder i henholdsvis 2021 (9 %), 2020 (11,1 %) og 2019 (15,3 %), hvilket klart illustrerer, at dækningsgraden på 10,3 % for kontrakten med Region Hovedstaden mindst svarer til det generelle niveau for hardware i de seneste tre år inden udbuddet. En dækningsgrad på 10,3 % er endda lavere end de realiserede dækningsgrader i tidligere regnskabsår, som var på 11,1 % i 2020. Leverancen til Coop blev frasorteret, fordi den vedrørte en usædvanlig leverance af hyldeforkanter leveret under en serviceaftale vedrørende Coops kasseapparater, som ikke var konkurrenceudsat, og som ikke vedrørte samme type hardware, som den hardware, der blev udbudt som en del af den kontrakt, som den foreliggende sag vedrører, og som derfor ikke er sammenlignelig med Region Sjællands udbudte kontrakt.

Region Sjællands bemærkninger om, at virksomheders dækningsbidrag på offentlige kontrakter er lavere end dækningsbidrag på private kunder, fremstår generaliserende og helt uden underbygning. Derimod er Ateas oplysninger om realiserede dækningsbidrag underbygget ved skærmpoint af relevante afsnit i Ateas økonomisystem, hvoraf rigtigheden bekræftes af revisorerklæring samt af tro- og loveerklæringer afgivet af Ateas CFO. Tallene og opgørelserne er indgået i reviderede, afsluttede årsregnskaber. Ateas oplysninger om realiserede dækningsbidrag for hardware og konsulenttydelser skal derfor lægges til grund for sagens afgørelse.

Ad dækningsbidrag på konsulenttimer

Atea har på nuværende tidspunkt alene faktureret Region Hovedstaden for hardware-delen, og der er således ikke endnu regnskabstal for dækningsbidrag i relation til Ateas konsulenter. Ateas beregnede/forventede dækningsgrad for konsulenttimer på opgaven for Region Sjælland udgør 58,80 %. Til dokumentation herfor henvises til bilaget "Divisionen Cabling total 2021", der er vedlagt Ateas CFO's erklæring, som viser, at dækningsgraden på konsulenttimer ad posten "Time and Projects" var på 58,80 %. Det skyldes en konkret leverance af hyldeforkanter til Coop for et beløb af 24.964.998 kr., hvor dækningsgraden var på 0,8 %, at hardwaredelen kun realiserede en dækningsgrad på 5,2 %. Dette medførte, at den gennemsnitlige dækningsgrad i 2021 blev noget lavere end den normale dækningsgrad for divisionen Cabling.

Den samlede realiserede dækningsgrad på salg af konsulenter til det offentlige marked i 2020 og 2021 var væsentligt højere, end det dækningsbidrag som Atea har beregnet på konsulenttimer.

Den samlede realiserede dækningsgrad på salg af konsulenter til det samlede offentlige marked var på 67,1 % i 2020 og på 73,3 % i 2021. Når Atea har beregnet et lavere dækningsbidrag i sagen, hænger det sammen med, at konsulenttydelserne var mere standardiserede (og med mindre begrundelse for beregning af risikotillæg) end andre mere specialiserede konsulenttydelser, som Atea også tilbyder til offentlige kunder. Generelt gælder, at timepriserne og dækningsbidraget ved salg af konsulenttydelser til det offentlige er højere jo mere specialiseret en ydelse, der er tale om.

En konsulent har ofte en gennemsnitlig månedsløn på 45.000 kr. Arbejdstimer pr. måned for en sådan konsulent er 160,33. Det giver en timeløn for denne konsulent på 280,67 kr. De timepriser, som Atea tilbød Region Sjælland, var gennemsnitligt på 889 kr., svarende til en gennemsnitlig dækningsgrad på 68 %. Atea har i opgørelsen af sit erstatningskrav beregnet en dækningsgrad på 58,80 % i gennemsnit på konsulenttydelserne.

Atea har fastlagt fordelingen af hardware- og konsulenttimer baseret på sin erfaring med den sædvanlige fordeling af disse ydelser på tilsvarende kontrakter, herunder den forventede fordeling på kontrakten i den foreliggende sag på tilbudstidspunktet.

Det følger af praksis fra klagenævnet, jf. bl.a. kendelse af 13. december 2022, Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik, at i de tilfælde, hvor den offentlige ordregiver er nærmest til at have viden om et forhold af betydning for erstatning, vendes bevisbyrden om.

Ad hensyntagen til frigørelse af kapacitet og for risici

Som erklæret af Ateas CFO er der med kontrakterne om DAS-løsninger tale om en standardløsning, hvor der ikke er store risici forbundet med implementering af løsningen, således som tilfældet kan være med f.eks. et byggeri eller et infrastrukturprojekt eller et mere komplicerede IT-system, som skal anvendes af brugere i den organisation, hvor systemet implementeres, og hvor risikoen for forsinkelse og mangler, som kan påvirke indtjeningen, således er stor. Region Hovedstadens udbud og udbuddet i denne sag vedrører begge bl.a. komponenter mv. til indendørs mobildækning på hospitaler.

Derfor er der ikke grundlag for at indregne risici i dækningsbidraget. Dette støttes af Retten i Glostrups dom af 9. december 2022, Ringkøbing-Skjern Kommune mod De Forenede Dampvaskerier A/S. Det er således ikke et ufravigeligt krav, at der i dækningsbidraget skal ske fradrag for en eventuel risiko forbundet med udførelse af kontrakten. Det betyder dog ikke, at Atea ikke havde risici i forbindelse med tilbudsgivningen på grund af Region Sjællands mangelfulde udbudsmateriale.

Der er ikke grundlag for at nedsætte Ateas erstatningskrav, da det opgjorte tab ikke indeholder usikkerhedsmomenter. Atea har dokumenteret dækningsgraden og sit tab i langt større omfang, end MBG Entreprise A/S havde gjort i klagenævnets kendelse af 2. april 2020. Foruden Ateas revisorerklæring har Atea underbygget og dokumenteret sit tab med en ”tro- og loveerklæring” fra Ateas CFO med omfattende baggrundsudtræk fra Ateas regnskaber og ved fremlæggelse af udbudsmaterialet vedrørende Region Hovedstadens udbud af et tilsvarende DAS-system.

I 2021 har Atea realiseret en udnyttelse af sine konsulentressourcers tid på 86,3 %. Ud af et samlet antal timer på 207.344 i disponibel tid sammenholdt med 179.006 timer i faktisk realiseret tid har Atea haft en udnyttelsesgrad på 86,3 %. Atea har således haft 28.338 timer til rådighed i 2021, som ikke blev realiseret. Den ledige tid kunne være brugt i leverancen til Region Sjælland,

hvis ikke regionen havde foretaget en ulovlig tildeling af kontrakten til Kemp & Lauritzen.

Atea har vedrørende påstand 10 gjort gældende, at virksomheden i hvert fald 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 Atea således har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse. Erstatning efter den negative kontraktinteresse udgør de omkostninger, Atea har haft til interne ressourcer til udarbejdelse af tilbuddet til Region Sjælland.

Region Sjælland ændrede, supplerede og fjernede i adskillige omgange tegninger i det omfattende tegningsmateriale, der var vedlagt udbuddet, uden at Region Sjælland dog i nærmere omfang præciserede, hvilke ændringer mv. der var foretaget. Atea har således ad flere omgange måtte anvende omfattende tid og ressourcer internt på at gennemgå tegningsmaterialet for at undersøge, hvilke ændringer mv. der var blevet foretaget.

Det følger af praksis fra klagenævnet, at der skal fremlægges dokumentation for det opgjorte tidsforbrug, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 19. august 2011, VMaaling-Fyn v/Jakob Storm mod Assens Kommune m.fl. Ateas erstatningskrav udmålt efter den negative kontraktinteresse er dokumenteret ved oversigten over forbrugt tid i kroner for hver medarbejder, der har arbejdet med sagen, med tilhørende lønsedler.

Region Sjælland har vedrørende påstand 9 gjort gældende, at Atea ikke har dokumenteret og/eller løftet bevisbyrden for, at Atea ved en tildeling af rammeaftalen kunne have opnået et dækningsbidrag svarende til det opgjorte krav på 11.709.359 kr. ekskl. moms.

Ateas tabsdokumentation kan ikke anses som egnet til at dokumentere det tab, som Atea påstår at have lidt. Ateas beregninger og tabsopgørelse må derfor gennemgående anses for såvel udokumenterede som selektive og misvisende.

En erklæring på ”tro og love” afgivet af Atea selv kan ikke tillægges bevismæssig betydning. Dokumentet kan alene inddrages og tages til indtægt i samme omfang, som det anførte i partens egne processkrifter. En ”erklæring om aftalte arbejdsbehandlinger” er heller ikke egnet som tabsdokumentation,

og erklæringen bekræfter blot efter opdrag Ateas egen beregning. Erklæringen er i sig selv uden materielt indhold i forhold til en forpligtelse til at dokumentere et tab, herunder når der ingen underliggende dokumentation er vedlagt.

Ad kontraktværdien

Atea har ved sin tabsopgørelse taget udgangspunkt i Ateas eget tilbud og dermed i en mistet omsætning på 35.729.265 mio. kr. Tabsopgørelsen kan ikke tage udgangspunkt i dette beløb. Opgørelsen forudsætter, at Region Sjælland udnytter samtlige optioner på aftalen. Der er intet grundlag for denne antagelse. Det er alene optionerne på geografiske udvidelser, der er udnyttet i henhold til kontrakten, hvorimod Region Sjælland ikke har udnyttet optioner på eventuelle udvidelser. Region Sjælland har således alene gjort brug af optionerne i forhold til levering af DAS-løsningen til de hospitaler, som var med på option.

Den manglende udnyttelse af optionerne på udvidelser er ikke ensbetydende med, at Region Sjælland med sikkerhed ikke vil gøre brug heraf. Der er imidlertid ikke truffet beslutning om sådanne udvidelser, og Atea har ikke godtgjort, at optionerne på udvidelse vil blive udnyttet. Optionerne, herunder særligt de ikke-udnyttede optioner om udvidelser, kan derfor ikke inddrages i tabsopgørelsen, jf. også klagenævnets kendelser af 4. oktober 2021, Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen mod Region Hovedstaden og Region Midtjylland, og af 6. oktober 2015, Human Care ApS mod Brøndby Kommune.

Optioner på udvidelser har i Ateas prisark en samlet (evaluerings teknisk) værdi på ca. 11,2 mio. kr. Hvis alle optioner på udvidelser af løsningen i prisarket fratrækkes, så udgør (den evaluerings tekniske) pris for Ateas tilbud alene ca. 24,5 mio. kr.

Ad Ateas tilbudspris

Den pris, som Atea ved tabsopgørelsen tager udgangspunkt i, er den tilbudspris, som Atea mener at kunne være blevet tildelt kontrakten på baggrund af. Atea kan i relation til tabsopgørelsen i hvert fald ikke tage udgangspunkt i Ateas tilbudssum, men må tage udgangspunkt i et beløb, der er betydeligt lavere end dette – og således også betydeligt lavere end de ca. 24,5 mio. kr.,

som Atea tilbud lød på (eksklusive ikke-udnyttede optioner). Reduktion af tilbudssummen vil indebære en betydelig reduktion af dækningsbidraget, da reduktionen vil være fra marginalomsætningen på kontrakten.

Ad bevilling

Der er fortsat alene bevilling til anskaffelser til en værdi af samlet op til 26 mio. kr. Bevillingen udgør en budgetmæssig ramme for kontrakten, og Region Sjælland vil således ikke trække på kontrakten uden opnåelse af en yderligere bevilling.

Der er ikke udsigt til en forhøjelse af bevillingen, hvorfor det maksimale beløb, der under alle omstændigheder forventelig vil kunne faktureres under kontrakten, udgør 26 mio. kr. Opgørelsen af Ateas erstatningskrav vil derfor maksimalt kunne tage udgangspunkt i en samlet kontraktværdi på 26 mio. kr.

Ad dækningsbidrag på hardware

I 2021 havde Atea en bruttofortjeneste på 1,77 mio. kr., hvilket svarer til 10,3 % af den oplyste omsætning på 17,2 mio. kr.

Atea har som benchmark i forhold til dækningsgraden på DAS-hardware taget udgangspunkt i Ateas omsætning og fortjeneste fra leverancen til Region Hovedstaden i 2021. Atea har imidlertid ikke angivet nærmere oplysninger om det pågældende kontraktforhold, herunder om de varer og ydelser mv., som den pågældende kontrakt præcis angik. Det er derfor ikke muligt at vurdere, hvorvidt kontrakten indholdsmæssigt er sammenlignelig med den kontrakt, som denne sag vedrører.

Det er i øvrigt ikke korrekt, at kontrakten i udbuddet 2021/S 215-564643 var helt i lighed med Region Sjællands udbud i den foreliggende sag, idet kontrakten bestod af ”en udvidelse af Rigshospitalets eksisterende DAS-anlæg til yderligere bygninger”.

Den helt grundlæggende forskel mellem de to kontrakter er således netop, at Region Hovedstadens udbud vedrørte et tilkøb af en udvidelse af Rigshospitalets eksisterende DAS-anlæg, hvorimod det i denne sag vedrører et udbud af en helt ny, samlet DAS-løsning til alle Region Sjællands sygehuse, hvor

der var mulighed for at tilbyde andre teknologier end den eksisterende teknologi, hvilket Atea da også eksempelvis gjorde. I Region Hovedstadens udbud skulle DAS-løsningen nødvendigvis være kompatibel med det eksisterende anlæg. Forskellige DAS-løsninger er som udgangspunkt ikke kompatible med hinanden. Allerede af den grund er kontrakten med Region Hovedstaden ikke egnet som referencekontrakt.

Atea har dermed ikke dokumenteret, at det opgjorte dækningsbidrag er relevant og retvisende. Atea har således ikke påvist et tilsvarende dækningsbidrag i andre sammenlignelige kontraktforhold og dermed ikke løftet sin bevisbyrde for, hvad Ateas dækningsbidrag forventeligt kunne have været.

Leverancen til Region Hovedstaden i 2021 skete i øvrigt i henhold til en kontrakt, som ikke (reelt) havde været konkurrenceudsat, og hvor Atea således kunne gøre krav på et langt større dækningsbidrag, end hvad der ellers er sædvanligt.

Til støtte herfor henvises til kontrakt om ”anskaffelse af supplerende hardwarekomponenter til eksisterende Commspoce DAS-Installation på Rigshospitalet under Region Hovedstaden” med en oplyst værdi på 4,56 mio. kr. ekskl. moms, som blev indgået mellem Atea og Region Hovedstaden den 14. august 2020. Der henvises endvidere til kontrakt om ”anskaffelse af supplerende hardwarekomponenter Rigshospitalet under Region Hovedstaden” med en oplyst værdi på 17,2 mio. kr. ekskl. moms, som blev indgået mellem Atea og Region Hovedstaden den 8. december 2021. Den samlede værdi af de to kontrakter udgjorde knap 22 mio. kr. ekskl. moms.

Atea ses at have taget udgangspunkt i leverancerne leveret i henhold til sidstnævnte kontrakt i forbindelse med sin opgørelse, idet Atea har fremlagt en fakturering på 17,2 mio. kr. med fakturadato den 21. december 2021. Den faktiske tilbudspris fra Atea stemte 100 % overens med Region Hovedstadens estimerede værdi af kontrakten, hvorfor Region Hovedstaden må have forespurgt Atea om et tilbud/pris allerede forinden offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen.

Det fremgår af begge bekendtgørelser om indgåede kontrakter, at der var tale om hasteudbud, ligesom der i øvrigt ikke var indeholdt nogen nærmere beskrivelse af ydelsen i bekendtgørelserne ud over, at der var tale om ”supplerende hardwarekomponenter til eksisterende CommScope DAS – Installation

på Rigshospitalet". Det var på den baggrund i praksis ikke muligt for andre end Atea – som synes at have forestået den primære DAS-leverance, hvortil de supplerende tilkøb af hardwarekomponenter knyttede sig – at afgive tilbud med den særdeles korte tilbudsfrist.

Der har således i realiteten ikke været nogen konkurrencesituation i forhold til nogen af kontrakterne og de ydelser, som Atea ved sin opgørelse af dækningsbidraget har taget udgangspunkt i. Den omstændighed, at det objektivt kan konstateres, at der også i forhold til kontrakten med Region Hovedstaden alene indkom ét tilbud (fra netop Atea), understreger den reelt manglende konkurrenceudsættelse af kontrakten.

Den udbudte kontrakt og ydelse var særdeles mangelfuldt beskrevet, idet det i bekendtgørelsen alene helt kort var anført, at "Region Hovedstaden udbyder en offentlig kontrakt, hvor Region Hovedstaden ønsker at anskaffe supplerende hardwarekomponenter til eksisterende CommScope DAS – Installation på Rigshospitalet, under Region Hovedstaden". Dette gjorde det i realiteten også umuligt for andre end den eksisterende leverandør (Atea) at afgive tilbud, herunder særligt i lyset af udbuddets karakter af en hasteprocedure.

Kontraktforholdet mellem Atea og Region Hovedstaden er også af den grund uegnet som benchmark i forhold til opgørelsen af Ateas dækningsbidrag for salg af hardware for en behørigt konkurrenceudsat kontrakt. Atea opnåede med kontrakten med Region Hovedstaden et dækningsbidrag, der var langt højere og på ingen måde repræsentativt set i forhold til kontrakten omfattet af denne sag.

Ateas opgørelse over det samlede dækningsbidrag for 2021 understøtter dette. Ateas samlede dækningsgrad for 2021 for hardware var på 5,2 %. Atea har alene opnået et kunstigt højt dækningsbidrag ved at udskille en enkeltstående "usædvanlig leverance" til Coop, hvor Ateas dækningsgrad var relativt lavt (0,8 %). Der er forskellige risikofaktorer forbundet med ethvert kontraktforhold, og det er ikke muligt eller rimeligt blot at frasortere enkeltstående leverancer, der måtte have vist sig mindre gunstige, for at beregne sig til et til formålet mere fordelagtigt dækningsbidrag.

Når Atea ved denne "manøvre" udskiller halvdelen af omsætningen for 2021, er der desuden kun en omsætning på 24,9 mio. kr. tilbage, hvoraf de 17,2 mio. kr. (ca. 70 %) vedrører leverancen til Region Hovedstaden. Dermed vil

dækningsbidraget læne sig op ad det, som Atea har beregnet for (den ikke konkurrenceudsatte) kontrakt med Region Hovedstaden. Ateas anbringender og ”dokumentation” i denne henseende er dermed helt cirkulære. Atea kan ikke ved opgørelsen af dækningsbidraget udskille en enkelt ”ugunstig” leverance.

Dækningsbidraget er ved en større, offentlig og ved EU-udbud konkurrenceudsat kontrakt i øvrigt væsentligt lavere end det dækningsbidrag, virksomheder i øvrigt (gennemsnitligt) er i stand til at betinge sig. Det skyldes bl.a. i) offentlige myndigheders købekraft og den som regel betydelige værdi af kontrakterne, ii) virksomheders ønske om at kunne bruge offentlige klienter som referencer i forhold til den øvrige forretning og ikke mindst iii) den omstændighed, at det som regel er nødvendigt at reducere dækningsbidraget væsentligt for at vinde kontrakten.

Ateas dækningsgrad for hele den øvrige del af hardware-salget (ud over kontrakten med Region Hovedstaden) udgjorde kun 2,43 %. Det forekommer på den baggrund mærkværdigt, at Atea i forhold til den foreliggende kontrakt med en betydelig kontraktværdi mener at kunne have opnået et fire gange større dækningsbidrag, end Atea i 2021 var i stand til på hele Ateas øvrige del af forretningen for salg af hardware.

Hvis Atea havde taget tilstrækkeligt højde for risikofaktorerne ved kontrakten, burde Ateas dækningsbidrag i forhold til hardware ikke kunne overstige denne generelle dækningsgrad på 2,43 %, og det kan i hvert fald ikke overstige Ateas samlede dækningsgrad på hardware for året på 5,2 %.

Ad dækningsbidrag på konsulenttimer

Atea har ved sin tabsopgørelse taget udgangspunkt i en dækningsgrad for konsulenttimer på 58,8 %. Atea har herved taget udgangspunkt i det gennemsnitlige dækningsbidrag for ”det samlede forretningsområde for ”Cabling” i 2021”.

Atea har således taget udgangspunkt i en dækningsgrad for sin levering af konsulenttimer samlet set og ikke over for sammenlignelige (offentlige) kunder, hvor ydelsen har været konkurrenceudsat på tilsvarende vis. Dækningsbidraget for konsulenttimer er desuden udokumenteret.

Ateas forventelige dækningsbidrag på den foreliggende kontrakt ville – af samme grunde som anført under dækningsbidraget for hardware – være betydeligt lavere end Ateas gennemsnitlige dækningsbidrag fordelt på alle Ateas kunder, herunder private.

En dækningsgrad på 58,8 % er helt urealistisk i relation til en behørig konkurrenceudsat, offentlig kontrakt med en i øvrigt betydelig kontraktværdi.

Atea kan ikke uden nærmere dokumentation for sammenlignelige kunder og kontrakter (herunder ydelser) anses for at have dokumenteret et retvisende dækningsbidrag i forhold til konsulenttimer.

Der kan ikke lægges vægt på interne tal udtrukket fra Ateas økonomistyringsystem uden nogen form for underbyggende dokumentation eller i øvrigt specificering af, hvilke ydelser den pågældende omsætning nøjagtig vedrører.

Ateas angivelige opgørelser over ”public sales” er således også reelt indholdsløse, idet der intet er dokumenteret om, hvilke kundeforhold og kontrakter mv. de fremlagte tal nærmere dækker over. Det kan derfor ikke lægges til grund, at der er tale om sammenlignelige kunder eller kontrakter. Dokumentationen er derfor uegnet som tabsdokumentation.

Ad samlet dækningsbidrag på kontrakten

Atea har samlet set beregnet en dækningsgrad på rammeaftalen på 32,77 %. Dette er i sig selv helt urealistisk i forhold til en kontrakt, der har været behørig konkurrenceudsat, og som har en betydelig kontraktværdi.

Der foreligger ingen dokumentation af, hvordan Atea er kommet frem til den forudsatte fordeling af kontraktværdien mellem henholdsvis hardware og konsulenttimer (med cirka 50/50 %), hvorved Atea har forudsat en omsætning på konsulenttimer på 16,56 mio. kr., hvilket svarer til knap halvdelen af kontraktbeløbet.

Den nærmere fordeling er væsentlig, idet dækningsgraden (og dermed erstatningskravet) også efter Ateas egne beregninger er langt højere for konsulenttimer end for hardware. En større vægt på konsulenttimer frem for hardware resulterer derfor i et langt højere erstatningsbeløb.

Hardware-indkøb udgør efter Region Sjællands vurdering en langt større del af kontraktbeløbet end forudsat af Atea, hvilket indebærer en væsentlig reduktion af et eventuelt erstatningskrav, idet dækningsbidraget for hardware ifølge Ateas opgørelse er meget lavere end for arbejdstid.

Der er ikke grundlag for at anlægge en omvendt bevisbyrde i forhold til fordelingen mellem henholdsvis hardware og arbejdstid. Atea er eller burde selv være i besiddelse af de nærmere oplysninger om fordelingen af tilbudspris på henholdsvis hardware og arbejdstid. Atea har dermed heller ikke løftet bevisbyrden for den forudsatte fordeling af kontraktværdien mellem henholdsvis hardware og konsulenttimer.

Der foreligger på nuværende tidspunkt ikke en samlet opgørelse af henholdsvis hardware og arbejdstid i henhold til Kemp & Lauritzens faktureringer. Kemp & Lauritzen oplyser dog at have lagt en fordeling mellem hardware og arbejdstid på 60/40 % til grund for sin tilbudsafgivelse. Dette understreger således også, at Ateas fordeling af beløbene ikke er retvisende. Kemp & Lauritzen har indtil videre faktureret Region Sjælland for samlet 27,3 mio. kr. i henhold til kontrakten.

Ad hensyntagen til frigørelse af kapacitet og for risici

Ateas tab kan ikke alene opgøres på baggrund af det forventede dækningsbidrag ved kontrakten. Det følger således af klagenævnspraksis, at den erstatningssøgende ved tabsopgørelsen grundlæggende må tage højde for, dels at klageren ved ikke at skulle udføre kontrakten frigøres for den konkrete risiko, der er forbundet med kontraktens gennemførelse, dels klagerens mulighed for at udnytte den frigjorte kapacitet til anden side. Der kan herved bl.a. henvises til klagenævnets kendelser af 25. juni 2019, Justsen Energiteknik A/S mod SK Varme A/S, af 17. april 2018, LM Gruppen ApS mod DSB, og af 16. januar 2013, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune.

Det er misvisende, når Atea henviser til, at Retten i Glostrup i dom af 9. december 2022, Ringkøbing-Skjern Kommune mod De Forenede Dampvaske- rier A/S, skulle have udtalt, at der ikke skal ske fradrag for en sådan kontrakt- risiko. Retten forholdt sig alene til den konkrete risiko for at blive pålagt bod under den konkrete kontrakt og ikke til de forbundne risici med opgavens udførelse i bred forstand.

Atea har ikke taget højde for de risici, der var forbundet med kontrakten. Det gælder såvel de generelle som mere kontrakt-specifikke risikofaktorer. Atea har tværtimod ved sin opgørelse af dækningsbidraget ”fraseret” en kundespecifik omsætning, fordi dækningsgraden i forhold til netop den pågældende kunde var relativt lav. Der var særligt væsentlige risici forbundet med udførelsen af kontrakten, da der bl.a. var tale om en fuld udskiftning af en gammel DAS-løsning på et stort antal af lokationer, bygninger og rum mv.

Den manglende hensyntagen til og inddragelse af de risici, der var forbundet med kontrakten, bør i sig selv, eller i hvert fald sammen med de øvrige usikkerheder forbundet med tabsopgørelsen, føre til, at Atea ikke har bevist at have lidt et erstatningsberettiget tab.

Atea har desuden ikke forholdt sig til, at Atea fik frigjort betydelig kapacitet ved ikke at skulle opfylde kontrakten, og at denne kapacitet forventeligt er fuldt udnyttet til anden side. Atea må således antages at have solgt som minimum en betydelig andel af de pågældende konsulenttimer til andre kunder i fravær af kontrakten med Region Sjælland, hvorved Atea har (eller bør have) minimeret eller helt udlignet sit tab, jf. den almindelige tabsbegrænsningspligt.

Uden dokumentation for, at de pågældende ressourcer, som ville have været anvendt til udførelse af kontrakten, ikke har været beskæftiget til anden side, vil Atea ikke have dokumenteret faktisk at have lidt et tab. Atea vil opnå en uberettiget berigelse ved at blive tilkendt erstatning af en fortjeneste, som Atea ikke faktisk har mistet, fordi den i stedet er opnået fra tredjemand.

Ateas ”screendump” fra Ateas samlede organisation er ikke relevant i forhold til Ateas dokumentation for, at ressourcerne, som ville have været anvendt til udførelse af kontrakten, ikke har været beskæftiget til anden side, idet det kun er relevant at se på de medarbejdere, der faktisk kunne være blevet tilknyttet opgaven, herunder som følge af ledig tid i netop den relevante periode for implementering af DAS-løsningen og under hensyntagen til geografisk placering (Sjælland) mv.

Region Sjælland har vedrørende påstand 10 gjort gældende, at Ateas erstatningskrav i form af negativ kontraktsinteresse er udokumenteret. Ateas krav

er udelukkende opgjort på baggrund af internt tidsforbrug, herunder lønudgifter mv. Erstatning for sådanne udgifter må som minimum forudsætte behørig dokumentation for, at det opgjorte tidsforbrug relaterer sig til arbejde forbundet med udbuddet, ligesom det må skulle godtgøres, at de pågældende medarbejdere kunne have været beskæftiget med andre opgaver. Der foreligger ingen dokumentation herfor.

Parternes synspunkter ad renter

Atea har gjort gældende, at erstatningskravet skal forrentes fra den 24. september 2021, hvor klageskriftet blev indgivet.

Det følger af helt fast praksis fra klagenævnet, at forrentning som det klare udgangspunkt sker fra anlæg af klagenævns sag vedrørende ansvarsspørgsmålet, jf. bl.a. klagenævnets kendelser af 17. december 2020, De Forenede Dampvaskerier A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, af 2. april 2020, MBG Entreprise A/S mod Københavns Kommune, og af 30. juli 2021, EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle.

Det følger af rentelovens § 3, stk. 4, at der senest skal betales rente fra den dag, da fordringshaveren begyndte retsforfølgning til betaling af gælden. Med retsforfølgning må sidestilles anlæggelse af klagesagen.

Det er helt fast praksis, at ansvarsspørgsmålet udskilles til senere behandling ved klagenævnet, således at erstatningsspørgsmålet – herunder dokumentation for tabet – først sker langt senere end ved klagesagens anlæg. Derfor giver det heller ikke mening at tillægge det betydning ved fastsættelse af forfaldstiden for renter, at en del af dokumentationen var ekstraheret og først kom til Region Sjællands kundskab under klagenævnets behandling af erstatningsspørgsmålet. Region Sjælland ville under alle omstændigheder først være blevet bekendt med dokumentationen for erstatning senere end ved klagesagens anlæg.

Hertil kommer, at det kun var enkelte oplysninger, der var udeladt, hvorfor Region Sjælland havde rigelig mulighed for at gøre sig bekendt med kravet og grundlaget herfor før den 15. december 2022. Det har i øvrigt ikke været udslagsgivende for størrelsen af rentekravet, at Atea først fremlagde de udeladte oplysninger over for Region Sjælland den 15. december 2022.

Region Sjælland har gjort gældende, at et eventuelt erstatningskrav tidligst kan forrentes fra den 15. december 2022 på grund af den manglende fremlæggelse af afgørende oplysninger vedrørende tabsopgørelsen.

Atea er ikke berettiget til at kræve et eventuelt erstatningskrav forrentet fra den 24. september 2021. Renter kan som udgangspunkt tidligst kræves fra ”30 dage efter den dag, hvor skyldneren var i stand til at indhente de oplysninger, som må anses for nødvendige for at bedømme kravets berettigelse og størrelse”, jf. rentelovens § 3, stk. 2.

Det ville være i modstrid med renteloven og de principper, der ligger til grund for rentelovens bestemmelser om opkrævning af mora- og procesrente, hvis Atea i denne sag og under de foreliggende omstændigheder skulle have krav på forrentning af erstatningskravet fra den 24. september 2021.

Region Sjælland var tidligst i stand til at bedømme det fremsatte erstatningskravs berettigelse og størrelse den 15. december 2022, hvor regionen modtog bilagene uden ekstraheringer og således havde mulighed for faktisk at forholde sig til Ateas tabsopgørelse og tilhørende dokumentation. Ifølge rentelovens § 3, stk. 2, kan Atea således tidligst kræve et eventuelt krav forrentet fra den 14. januar 2023.

I det omfang klagenævnet måtte vurdere, at der med klagesagens anlæggelse foreligger ”retsforfølgning” omfattet af rentelovens § 3, stk. 4, kan kravet alligevel tidligst kræves forrentet fra den 14. januar 2023. Ateas manglende fremlæggelse af oplysninger, der satte Region Sjælland i stand til at vurdere kravet, udgør således ”særlige forhold”, som bør medføre en udskydelse af forrentningstidspunktet, jf. rentelovens § 3, stk. 5.

Et eventuelt erstatningskrav kan i hvert fald ikke kræves forrentet fra tidligere end den 22. juni 2022, hvor Atea indleverede klageskrift ad erstatningsspørgsmålet med tilhørende bilag.

Ateas indsigelse vedrørende processen eller klage vedrørende overtrædelserne af udbudsreglerne tilvejebragte ingen oplysninger om ”kravets berettigelse og størrelse” og kan derfor ikke føre til, at et eventuelt krav kan kræves forrentet fra et af disse tidligere tidspunkter.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet har ved kendelse af 31. maj 2022 konstateret, at Region Sjælland handlede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved ikke at have givet adgang til materiale og oplysninger, der præcist angav, hvilket antal kvadratmeter, der var grundlaget for prisevalueringen, og ved således at have afvist at stille oplysninger til rådighed under udbuddet, som var væsentlige for udarbejdelsen af tilbud, og som den hidtidige leverandør rådede over, og dermed ikke i videst muligt omfang at have søgt at udligne konkurrencefordele for den hidtidige leverandør.

Region Sjælland har herved handlet ansvarspådragende over for Atea.

Ved kendelse af 31. maj 2022 udtalte klagenævnet ad påstand 1 bl.a.:

”I et udbud som det foreliggende må det anses for afgørende, at tilbudsgiverne er bekendt med – eller har mulighed for at beregne – indretningen og størrelsen på de arealer og lokaler, som løsningen skal dække, for at kunne optimere deres tilbud ud fra de specifikke bygningsforhold, jf. herved kravspecifikationens afsnit 7.2 og 2.3, og for at kunne tilbyde en løsning, der fungerer, ligesom variationen i fordelingen af kvadratmeter og for det reelle samlede antal kvadratmeter er væsentlige faktorer for prisen. En viden om eller kendskab til den reelle bygningsmasse vil derfor kunne give en tilbudsgiver en konkurrencemæssig fordel.

...

Udbudsmaterialet må derfor anses for på afgørende punkter at have været uklart og uigennemsigtigt. Ud fra de foreliggende oplysninger kan tegningsmaterialet derfor ikke antages at have været fuldt ud tilstrækkeligt og retvisende til, at Region Sjælland kunne evaluere de modtagne tilbud, herunder fra Kemp & Lauritzen A/S, på lige vilkår.”

Som det fremgår, kunne Region Sjælland på baggrund af det foreliggende udbudsmateriale ikke have truffet en lovlig tildelingsbeslutning. Der er derfor ikke grundlag for at tilkende Atea erstatning for positiv opfyldelsesinteresse som påstået i påstand 9.

Klagenævnet lægger endvidere til grund, at Atea var bekendt med det forhold ved udbudsmaterialet, som udgjorde en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at Atea

under udbudsprocessen den 17. august 2021 stillede spørgsmål id nr. 165525 til Region Sjælland, hvorved Atea tilkendegav, at det var Ateas opfattelse:

”... at det ikke vil være muligt for Ordregiver at få ens tilbud fra de givende leverandører baseret på blot tegninger fra bilag 5, da det er vigtigt at kende omfanget af lokaler for at kunne tilsikre en korrekt prissætning.”

Atea var således bekendt med, at tegningsmaterialet var mangelfuldt og ikke retvisende i forhold til de faktiske bygningsforhold.

Herefter foreligger der ikke den nødvendige årsagssammenhæng mellem de begåede overtrædelser og de afholdte udgifter ved udarbejdelse af tilbuddet. Atea har derfor heller ikke krav på erstatning i form af negativ kontraktinteresse.

Klagenævnet tager derfor Region Sjællands frifindelsespåstand til følge.

Herefter bestemmes

Region Sjælland frifindes.

Atea A/S skal i sagsomkostninger til Region Sjælland betale 25.000 kr.

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

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig