



Tilbudsgiver tilkendes erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse efter ikke at være blevet prækvalificeret



Mikala Berg Dueholm
Partner



Trine Louise Larsen
Advokat

Klagenævnet for Udbud afsagde den 25. juni 2019 kendelse i en sag mellem Justsen Energiteknik A/S (Justsen) og SK Varme A/S (SK Varme). Kendelsen vedrører en forbigået tilbudsgivers krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse som følge af ordregivers uberettigede prækvalifikation af og efterfølgende tildeling til den vindende tilbudsgiver på trods af, at denne ikke opfyldte et mindstekrav til teknisk og faglig formåen.

Sagens baggrund

Kendelsen er en fortsættelse af klagenævnets kendelse af 13. november 2018, hvor klagenævnet fandt, at SK Varme havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at prækvalificere og senere tildele en kontrakt om levering af el- og maskinleverancer til Euro Therm, selv om Euro Therms referencerarbejder ikke opfyldte udbuddets mindstekrav til teknisk og faglig formåen. SK Varme havde uberettiget lagt vægt på oplysninger fra ordregivers rådgiver om, at referencearbejderne alligevel opfyldte mindstekravet. På den baggrund annullerede klagenævnet SK Varmes tildelingsbeslutning. Kendelsen af 25. juni 2019 vedrører erstatningsspørgsmålet.

I erstatningssagen nedlagde Justsen påstand om, at SK Varme skulle betale 7.675.000 kr. i erstatning svarende til positive opfyldelsesinteresse subsidiært et skønsmæssigt mindre beløb. SK Varme havde alene modtaget tilbud fra Euro Therms og Justsen, og Justsen gjorde derfor gældende, at Justsen ville være blevet tildelt kontrakten, hvis SK Varme i overensstemmelse med udbudsreglerne havde afvist tilbuddet fra Euro Therms.

SK Varme afviste kravet med den begrundelse, at Justsen ikke havde sandsynliggjort, at Justsen ville være blevet tildelt kontrakten, ligesom det ifølge SK Varme ikke var sandsynliggjort, at Justsens tilbud ved et nyt udbud ville have været det økonomisk mest fordelagtige.

Klagenævnet for Udbuds afgørelse og begrundelse

Klagenævnet anførte indledningsvis, at SK Varme havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at prækvalificere Euro Therm, selv om Euro Them ikke opfyldte et mindstekrav til teknisk og faglig formåen. Efter karakteren af overtrædelsen, hvor SK Varme havde taget hensyn til oplysninger, der ikke var fremkommet under udbudsprocessen fandt klagenævnet, at SK Varme havde handlet ansvarspådragende over for Justsen, der som den eneste tilbudsgiver havde afgivet et konditions mæssigt tilbud.

Herefter fastslog Klagenævnet, at SK Varme havde bevisbyrden for, at de, såfremt de var blevet bekendt med Euro Therms manglende tekniske og faglige formåen, ville have foranstaltet et nyt udbud i stedet for at indgå kontrakt med Justsen, hvis tilbud ifølge evalueringen kun lå marginalt under tilbuddet fra Euro Therms.

Klagenævnet fandt, at SK Varme ikke havde løftet bevisbyrden herfor, og pålagde derfor SK Varme at erstatte Justsens positive opfyldelsesinteresse.

Klagenævnet fastsatte erstatningen skøns mæssigt til 1 mio. Ved fastsættelsen af erstatningens størrelse lagde klagenævnet bl.a. vægt på, at Justsen ikke havde fremlagt regnskabsmateriale, herunder oplysninger om selskabets generelle omkostninger eller oplyst, hvordan tabsbegrænsningspligten var håndteret. Derudover tog Klagenævnet ved fastsættelsen hensyn til usikkerheden ved Justsens realisering af det beregnede dækningsbidrag samt Justsens frigørelse fra den risiko, der er forbundet med realiseringen af kontrakten.

DLA Piper bemærker

Kendelsen er en af de få tilfælde, hvor en forbigået tilbudsgiver tilkendes erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Det er en forudsætning for, at klager kan opnå positiv opfyldelsesinteresse, at de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt, dvs. at ordregiver skal have handlet ansvarspådragende, klager skal have lidt et tab og der skal være årsagsforbindelse herimellem. Tilkendelse af positiv opfyldelsesinteresse forudsætter derudover, at klager ville være blevet tildelt kontrakten, såfremt ordregiver ikke havde foretaget den ansvarspådragende handling.

Som det også fremgår af kendelsen, har ordregiver bevisbyrden for, at klager ikke ville være blevet tildelt kontrakten, hvis det vindende tilbud i overensstemmelse med udbudsreglerne var blevet afvist som ukonditions mæssigt.

Kendelsen illustrer klagenævnets relativt strenge praksis for så vidt angår tilbudsgivers dokumentation af sit tab. Det følger også af klagenævnets tidligere praksis, at tilbudsgiver i et tilfælde som det foreliggende skal dokumentere, at klager så vidt muligt har forsøgt at begrænse sit tab, eksempelvis ved at påtage sig andet arbejde.