

K E N D E L S E

BSN Medical AB  
(advokat Anders Worsøe, København)

mod

Region Sjælland  
(advokat Claus Berg, København)

Den 3. marts 2014 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1-10 i sagen. Denne kendelse vedrører klagerens erstatningspåstande.

Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 12

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 435.553,31 kr. med procesrente fra den 23. april 2014, subsidiært et mindre beløb fastsat af klagenævnet med procesrente fra den 23. april 2014.

Påstand 13 (subsidiær i forhold til påstand 12)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 186.900 kr. med procesrente fra den 24. marts 2014, subsidiært et mindre beløb fastsat af klagenævnet med procesrente fra den 24. marts 2014.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 12, der vedrører erstatning for positiv opfyldelsesinteresse i forhold til delaftale 5, således:

”Forventet omsætning i henhold til tilbudsprislister, ...: DKK 2.431.901,25

Procentvis netto-indtjening i henhold til seneste offentliggjorte årsresultat, ...  
17,91 %

Udregning af procentvis nettoindtjening, baseret på seneste offentliggjorte årsresultat: Driftsresultat / Nett[o]omsætning i % =  $3.409.359 / 19.034.731 \cdot 100 = 17,91 \%$

Erstatningskrav:

I alt DKK 2.431.901,25 x 17,91 % = DKK 435.553,51”

Klageren har opgjort sit krav i påstand 13, der vedrører erstatning for negativ kontraktinteresse, således:

”Gennemgang af udbudsbetingelser mv., fremskaffelse af diverse dokumentation, tilbudsafgivelse, mærkning og fremsendelse af prøver.

|                                            |            |
|--------------------------------------------|------------|
| Lønudgifter/tidsforbrug, Salgschef         | 31.000 kr. |
| Lønudgifter/tidsforbrug, Marketing Support | 11.000 kr. |
| Diverse (tidsforbrug møder, telefon etc.)  | 5.000 kr.  |
| Prøvemateriale                             | 500 kr.    |

|                                                                                             |                    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|
| Advokatombudsninger pr. dato (EUR 25.257 kurs 7,5<br>- 50.000 i tilkendte sagsombudsninger) | <u>139.400 kr.</u> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|

|       |                    |
|-------|--------------------|
| I alt | <u>186.900 kr.</u> |
| ...   |                    |

Indklagede har påstået frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb efter klagenævnets skøn.

### Baggrund

Klageren og 7 andre virksomheder afgav tilbud på delaftalte 5. Indklagede anså uberettiget klagerens tilbud for ukonditionsbæstigt. Klageren afgav ikke tilbud på delaftale 53.

Under klagenævnets behandling af påstand 1-7 (delaftale 5) erkendte indklagede overtrædelserne og anførte som begrundelse herfor bl.a.:

” ...

På baggrund af de udtalelser afgivet af Medicoindustrien ... må indklagede imidlertid nu erkende, at der ikke i branchen hersker en sådan fæl-

les forståelse af betegnelsen ”lite”. Tværtimod må det efter Medicoin-  
dustriens oplysninger lægges til grund for sagen, at der hersker endog  
meget forskellige opfattelser af begrebet ”lite” i branchen.

Indklagede kan kun beklage, at udbudsbetingelserne derfor – og i man-  
gel af en udtrykkelig definition i udbudsbetingelserne af indklagedes  
forståelse af betegnelsen ”lite” – har indeholdt en uklarhed om selve de  
grundlæggende krav til de udbudte produkter i henhold til delaftale 5.  
Denne uklarhed har ligeledes ifølge sagens natur gjort sig gældende for  
selve afgrænsningen mellem ”lite” og ”konventionelle” sårbehandlings-  
produkter, ligesom afgrænsningen af ”kategorier” og muligheden for at  
tilbyde samme produkt flere steder i tilbudslisten har været uklar.

I konsekvens af de ovennævnte uklarheder erkender indklagede, at der  
ikke var grundlag for beslutningen om at anse klagers tilbud for ukondi-  
tionsmæssigt. Dette er derfor også baggrunden for, at indklagede nu ta-  
ger bekræftende til genmæle over for påstand 1, påstand 2, påstand 3,  
påstand 4 og påstand 6.

Baggrunden for, at indklagede ligeledes tager bekræftende til genmæle  
over for påstand 5 og påstand 7 er, at der – i konsekvens af de konstate-  
rede uklarheder om kravene til selve de tilbudte produkter – ikke har  
været grundlag for at træffe nogen lovlig tildelingsbeslutning for så vidt  
angår udbuddet af delaftale 5.

...

Det bemærkes i øvrigt, at det for indklagede har afgørende betydning at  
få leveret skumbandager, som netop er tynde, formbare og beregnet til  
brug for behandling af sår på vanskeligt tilgængelige steder på kroppen,  
herunder navnlig tæer og fingre. Dette vil derfor også blive præciseret i  
forbindelse med det forestående genudbud af de i delaftale 5 omhandle-  
de produkter. Hvis indklagede (hypotetisk) på udbudstidspunktet havde  
været på det rene med, at de i udbudsbetingelserne beskrevne produkter  
ikke indeholdt netop sådanne produkter – fordi betegnelsen ”lite” mod  
indklagedes forventning alligevel ikke indebar dette – ville indklagede  
derfor utvivlsomt have annulleret udbuddet og genudbudt delaftale 5  
med en kravspekifikation, der med den fornødne klarhed imødekom  
indklagedes reelle behov.

...”

På grundlag af indklagedes erkendelse konstaterede klagenævnet ved ken-  
delsen af 3. marts 2014, at indklagede under udbuddet havde overtrådt EU-  
udbudsreglerne således:

”Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at erklære klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt, da det ikke er korrekt, at klageren ikke tilbyder light [lite] produkter med klæbekant.

#### Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, da det er uklart i udbudsbetingelserne, hvad der skal forstås ved kategorier.

#### Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 på grund af manglende klarhed i udbudsbetingelserne, idet indklagede i udbudsbetingelserne ikke har redegjort for, hvad der skal forstås ved konventionel og light [lite].

#### Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, idet det ikke fremgår af udbudsbetingelserne, at samme produkt ikke må tilbydes flere gange i tilbudslisten (eller i flere kategorier).

#### Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, idet tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” ikke opfyldes ved tildeling af delaftale 5 til Coloplast Danmark A/S.

#### Ad påstand 6

Indklagedes beslutning om at afvise klagerens tilbud vedrørende delaftale 5 annulleres.”

Klagenævnet annullerede endvidere indklagedes beslutning om at tildele delaftale 5 til Coloplast Danmark A/S.

#### Supplerende oplysninger

Indklagede har i forbindelse med behandlingen af erstatningsspørgsmålet fremlagt en udtalelse fra indklagedes brugergruppe, der opstillede kravspecifikationerne ved udbuddet og bedømte de modtagne tilbud. Brugergruppen udtaler bl.a.:

”Vi var i brugergruppen på tidspunktet for udbuddets gennemførelse af

den opfattelse, at betegnelsen ”lite” i branchen entydigt blev opfattet som udtryk for en tynd (og formbar) bandage til brug vanskelige steder, bl.a. tæer og fingre, hvor det har særlig betydning, at bandagen er tynd – i modsætning til konventionelle bandager.

... Vi markerede behovet for tynde bandager – i forhold til konventionelle bandager – i tilbudslisten ved tilføjelsen af ”lite” i tilbudslistens pos. I.7-I.11 og I.20-I.24.

...

Af BSN’s tilbud fremgik bl.a., at BSN tilbød produktet ”Cutimed Siltec B (Border)” både i pos. I.12, I.13 og I.17 samt i I.22, I.23 og I.24, uanset at der kun var krav om ”lite”-produkter vedrørende de 3 sidstnævnte pos. Af BSN’s tilbud fremgik desuden – via det indsendte datablad – at ”Cutimed Siltec B (Border)” netop ikke var BSN’s (tynde) ”lite”-produkt, idet BSN’s ”lite”-produkt (”Cutimed Siltec Light”) ifølge databladet ikke indeholdt klæbekant. Vi måtte derfor konkludere, at BSN’s tilbud på pos. I.22, I.23 og I.24 ikke var et ”lite”-produkt, og at tilbuddet derfor var ukonditionsmæssigt.

...

Hvis vi – hypotetisk – på udbudstidspunktet havde været klar over, at vi ikke kunne fortolke kravet om ”lite” som forudsat – og dermed heller ikke kunne erklære BSN’s tilbud for ukonditionsmæssigt – ville vi have befundet os i en særdeles vanskelig situation. Da BSN’s tilbud ikke indeholdt de ”lite”-produkter – forstået som tynde bandager – som var helt nødvendige for at imødekomme behovet for sårbehandlingsprodukter på sygehusene i regionen, ville vi under ingen omstændigheder have kunnet antage BSN’s tilbud. Vi ville i så fald have været nødsaget til at annullere udbuddet og genudbyde med en mere præcis kravspecifikation.”

Indklagede har under behandlingen af erstatningskravet anført, at det produkt, som klager i tilbudslisten har tilbudt vedrørende både pos. I.13 (skumbandage med silikonelignende klæbekant 10 x 10 cm) og I.23 (skumbandage med silikonelignende klæbekant 10 x 10 cm – lite), har et varenummer og en størrelse, som ikke fremgår af det datablad, som blev indsendt med tilbuddet. Indklagede har i den anledning henvist til udbudsbetingelsernes pkt. 1.10 ”Afgivelse af tilbud og sprogkrav”:

”Sammen med tilbuddet skal der indsendes datablade for samtlige tilbudte produkter.”

Det er ikke anført, at kravet er et mindstekrav. I udbudsbetingelserne er der visse steder bl.a. stillet krav til formen ved afgivelsen af tilbuddene, idet indklagede har anvendt ordet ”skal”. Ved nogle af disse krav er ”skal” fremhævet med fed tekst. Dette er ikke tilfældet ved det ovennævnte citat fra udbudsbetingelsernes pkt. 1.10.

En gennemgang af indklagedes oversigt over samtlige tilbudsgivere, og hvilke af de 55 delaftaler de hver især afgav tilbud på, viser, at klageren afgav tilbud på i alt 17 delaftaler.

### Parternes anbringender

#### Ad ansvarsgrundlaget og årsagssammenhæng:

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne havde handlet på en sådan måde, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

#### *Positiv opfyldelsesinteresse*

Klageren har nærmere anført, at klageren har dokumenteret, eller som minimum sandsynliggjort, at klageren afgav ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, og at klageren derfor reelt ville være blevet tildelt delaftale 5, hvis ikke indklagede uretmæssigt havde erklæret klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt. Klagerens tilbud var 300.000 kr. lavere end tilbuddet fra Coloplast Danmark A/S, og Coloplast Danmark A/S’ produkter var ikke vurderet væsentligt anderledes eller bedre på kvalitet end de produkter, som klageren tilbød. Klageren ville derfor være blevet tildelt delaftale 5, hvis indklagede havde foretaget en korrekt og lovlig evaluering af klagerens tilbud og ikke i stedet havde valgt at overtræde udbudsreglerne. Det er indklagede, der har bevisbyrden for, at klageren ikke ville være blevet tildelt delaftale 5, hvis indklagede ikke havde overtrådt udbudsreglerne og ikke uretmæssigt havde afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt. Indklagede har på ingen måde løftet denne bevisbyrde.

Ingen af de overtrædelser af udbudsreglerne, som indklagede har anført, er så alvorlige, at tilbuddet ikke har været egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Indklagede har ikke dokumenteret, at udbudsbe-

tingelserne generelt ikke var egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsproces. Det var indklagedes beslutning om at erklære klagerens tilbud ukonditionsmæssigt, der var forkert. Hvis indklagede havde anvendt tildelingskriterierne i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og indklagede havde lagt tilbudsgivernes oplysninger til grund for en tildelingsbeslutning, ville dette have medført, at klagerens tilbud ville være blevet anset for konditionsmæssigt, og klageren ville derfor med al sandsynlighed være blevet tildelt delaftale 5. Udbudsbetingelserne var derfor også ud fra en rent objektiv vurdering lovlige, og betingelsen om årsagssammenhæng er allerede af denne grund opfyldt.

Det er uden betydning, at udbudsbetingelserne efter indklagedes opfattelse indeholdt en række uklarheder om kravspecifikationen og omfanget af de forskellige produkttyper. Hvis indklagede havde bedømt tilbudsgivernes tilbud objektivt i overensstemmelse med de opstillede krav, og indklagede ikke efterfølgende havde gjort sig forskellige antagelser, så ville der ikke være opstået problemer i nærværende sag, og delaftale 5 ville være blevet tildelt – angiveligt til klageren – i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Indklagede kunne ikke efterfølgende opstille antagelser og yderligere krav ud over dem, der fremgik af udbudsbetingelserne. Det gør imidlertid ikke hele udbuddet uegnet i en sådan grad, at det ikke er egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning og dermed medfører, at indklagede kan fraskrive sig et erstatningsansvar over for klageren.

Klageren fastholder derfor, at udbudsbetingelserne var egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, og at indklagede ikke har dokumenteret det modsatte. Indklagede har heller ikke dokumenteret, at indklagede ville have annulleret udbuddet, hvis indklagede havde været på det rene med, at de produkter, som var beskrevet i udbudsbetingelserne, ikke indeholdt produkter, der var tynde og formbare, og dermed særligt velegnede til brug på sår på vanskeligt tilgængelige steder på kroppen. Indklagede valgte således at tildele kontrakten til Coloplast Danmark A/S, og indklagede havde ikke, inden denne sag blev anlagt, intention om at annullere udbuddet og genudbyde delaftalen. Indklagede har under alle omstændigheder ikke dokumenteret, at man ville have annulleret udbuddet. Desuden er klagerens produkter anvendelige på sådanne såkaldt vanskeligt tilgængelige steder på kroppen. Indklagede har da heller ikke på noget tidspunkt under skriftvekslingen bestridt eller forsøgt at imødegå dette, og indklagede har

således modtaget tilbud på de efterspurgte produkter, uanset betegnelsen heraf.

### *Negativ kontraktinteresse*

Klageren har til støtte for sit krav på negativ kontraktinteresse gjort gældende, at indklagede ikke har dokumenteret, at udbudsbetingelserne ikke var egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, ligesom indklagede ikke har dokumenteret, at klageren skulle eller burde være bekendt med overtrædelserne af udbudsreglerne på tilbudstidspunktet. I øvrigt fastholdes det, at klageren ikke er afskåret fra at kræve erstatning for negativ kontraktinteresse som følge af, at klageren har afgivet tilbud i sagen. Det bestrides derfor, at klagerens krav på negativ kontraktinteresse skulle være udelukket af de grunde, som indklagede har anført.

### *Konditionsmæssighed*

Klageren har endeligt gjort gældende, at det ingen betydning har, at produkterne i pos. I.13 og I.23 ikke fremgår af det indleverede datablad, som blev indleveret sammen med klagerens tilbud. Baggrunden herfor er, at produkterne blev introduceret på markedet kort tid før tilbudsfristen, og det danske datablad var derfor endnu ikke blevet opdateret med produkterne. Det er ikke et krav, at databladet er fuldt opdateret på tilbudstidspunktet. Det er sædvanligt, at der på kontrakttidspunktet vil ske en afklaring af, hvilke produkter aftalen skal indeholde. Klagerens tilbud var derfor ikke ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at de konstaterede overtrædelser af EU-udbudsreglerne ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har ikke bestridt at have handlet ansvarspådragende over for klageren som følge af karakteren af de overtrædelser, som klageren har påberåbt sig og fået medhold i ved klagenævnets kendelse. Klageren har imidlertid ikke krav på erstatning som følge af de påberåbte overtrædelser, idet der ikke er den fornødne årsagssammenhæng mellem indklagedes overtrædelser af udbudsreglerne og det tab, som klageren gør gældende at have lidt.

### *Positiv opfyldelsesinteresse*

Indklagede har overordnet gjort gældende, at klageren ikke kan kræve erstatning for positiv opfyldelsesinteresse, idet der efter fast klagenævnspraksis ikke tilkendes en sådan erstatning, når der – som i denne sag – kan konstateres så alvorlige overtrædelser af udbudsreglerne ved udformningen af udbudsbetingelserne, at disse ikke har været egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Klageren er endvidere udelukket fra at kræve erstatning for positiv opfyldelsesinteresse, idet indklagede ville have annulleret udbuddet og genudbudt delaftale 5 med en kravspecifikation, der med den fornødne klarhed imødekom indklagedes behov, hvis indklagede (hypotetisk) på udbudstidspunktet havde været klar over, at kravspecifikationen var uklar og dermed ikke sikrede leverance af de ønskede produkter i de forskellige kategorier, som tilbudslisten skulle have sikret.

Indklagede har nærmere anført, at udbudsbetingelserne indeholdt en række uklarheder vedrørende selve kravspecifikationen og omfanget af de forskellige produkttyper, som indgik i delaftale 5 ”Skumbandage med og uden klæbekant med silikonelignende klæber”. Disse uklarheder var udtryk for en sådan tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, at der ikke har været grundlag for at træffe en lovlig tildelingsbeslutning vedrørende udbuddet af delaftale 5. Det var på udbudstidspunktet således indklagedes opfattelse, at betegnelsen ”lite” indeholdt en klar og entydig beskrivelse af en skumbandage som specifikt udtryk for en tynd og formbar bandage beregnet til brug på vanskeligt tilgængelige steder på kroppen, herunder særligt ved tær og fingre. Det var ligeledes indklagedes opfattelse, at dette svarede til den almindelige forståelse i branchen (Medicoindustrien). Indklagede har et klart behov for at indkøbe skumbandager med forskellige egenskaber, som – udover f.eks. større eller mindre absorberingsevne – har varierende størrelse og varierende egnethed afhængigt af, hvor på kroppen skumbandagen skal anvendes. Dette var netop også baggrunden for udformningen af tilbudslisten, herunder de positioner, der indeholdt krav om tilbud på forskellige skumbandageprodukter, som alle eksplicit var beskrevet som ”lite”. Imidlertid har indklagede måttet erkende, at der ikke i branchen har hersket en sådan fælles og indarbejdet forståelse af betegnelsen ”lite”. Tværtimod må det på baggrund af de udtalelser, som er afgivet af Medicoindustrien, konstateres, at der er meget forskellige opfattelser i branchen af begrebet ”lite” i relation til skumbandager. Udbudsbetingelserne har derfor – i mangel af en udtrykkelig definition i udbudsbetingelserne af indklagedes forståelse af betegnelsen

”lite” – indeholdt en uklarhed om selve de grundlæggende krav til de udbudte produkter i henhold til delaftale 5. Denne uklarhed har ligeledes ifølge sagens natur gjort sig gældende for selve afgrænsningen mellem ”lite” og ”konventionelle” sårbehandlingsprodukter, ligesom afgrænsningen af ”kategorier” og muligheden for at tilbyde samme produkt flere steder i tilbudslisten har været uklar. Udbudsbetingelserne var derfor ikke egnede til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Efter retspraksis og klagenævnspraksis kan en forbigået tilbudsgiver desuden ikke kræve positiv opfyldelsesinteresse som følge af overtrædelse af udbudsreglerne, hvis ordregiveren kan sandsynliggøre, at ordregiveren ville have annulleret udbuddet, hvis ordregiveren ikke havde overtrådt udbudsreglerne. Det forudsættes naturligvis også i denne forbindelse, at annullationen ville have været saglig. Det havde afgørende betydning for indklagede – som en del af den samlede leverance – at få leveret skumbandager, som var tynde og formbare og dermed særligt velegnede til brug for behandling af sår på vanskeligt tilgængelige steder på kroppen. Hvis indklagede på udbudstidspunktet havde vidst, at de beskrevne produkter i udbudsbetingelserne ikke indeholdt netop sådanne produkter – fordi betegnelsen ”lite” mod indklagedes forventning alligevel ikke indebar dette – ville indklagede have annulleret udbuddet og genudbudt delaftale 5 med en kravspecifikation, der med den fornødne klarhed imødekom indklagedes reelle behov. En annulation med den begrundelse, at kravspecifikationen i udbudsbetingelserne ikke var hensigtsmæssig, ville have været saglig.

### *Negativ opfyldelsesinteresse*

Klageren er også udelukket fra at kræve erstatning for negativ kontraktinteresse, idet der efter klagenævnspraksis ikke tilkendes erstatning for negativ kontraktinteresse, når klageren – som i nærværende sag – var eller burde have været bekendt med de overtrædelser af udbudsreglerne, som medførte, at udbuddet ikke var egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Overtrædelserne fremgik direkte af udbudsreglerne, og klageren måtte i sin egenskab af professionel tilbudsgiver være klar over de forskellige opfattelser i Medicoindustrien af begrebet ”lite” skumbandager. Klageren valgte alligevel at afgive tilbud og er derfor afskåret fra at kræve erstatning svarende til negativ kontraktinteresse. Klagerens krav om erstatning for negativ kontraktinteresse er endvidere udelukket som følge af, at ud-

budsbetingelserne ikke var egnede til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

### *Konditionsmæssighed*

Indklagede har endelig gjort gældende, at klagerens tilbud på delaftale 5 ikke var konditionsmæssigt. Klageren har erkendt, at produktet, som klageren i tilbudslisten har tilbudt vedrørende både pos. I.13 (skumbandage med silikonelignende klæbekant 10 x 10 cm) og I.23 (skumbandage med silikonelignende klæbekant 10 x 10 cm – lite) ikke fremgik af databladet. Tilbuddet var derfor ukonditionsmæssigt, idet udbudsbetingelsernes pkt. 1.10 ”Afgivelse af tilbud og sprogkrav” indeholdt krav om, at der skulle indleveres datablade for samtlige tilbudte produkter sammen med tilbuddet.

### Ad tabet

#### *Ad positiv opfyldelsesinteresse*

Klageren har gjort gældende, at klagerens prissætning af delaftale 5 på 2.431.901,25 kr. er opgjort på baggrund af de omsætningstal, som indklagede har oplyst i udbudsbetingelserne. Det må kunne forventes, at de omsætningstal, som indklagede har oplyst i udbudsbetingelserne, er realistiske og opgjort ud fra en beregning af det eksisterende forbrug. Ud fra klagerens nettofortjeneste i tidligere år og avancer hos nogle af klagerens konkurrenter på området for skumbandager er en nettofortjeneste på 17,91 % ikke urealistisk. Denne kan derfor lægges til grund ved opgørelsen af tabet.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke kan opgøre sin nettofortjeneste på delaftale 5 på grundlag af hele klagerens prissætning for delaftalen svarende til 2.431.901,25 kr. Der er tale om en rammeaftale, og der er ikke i udbudsbetingelserne garanteret den vindende tilbudsgiver nogen bestemt omsætning i rammeaftalens løbetid. Som følge af usikkerheden om omfanget af indklagedes træk på rammeaftalen skal den omsætning, der lægges til grund ved beregningen af en eventuel mistet nettofortjeneste, opgøres efter et forsigtigt skøn. Der er i øvrigt ikke grundlag for at beregne nettofortjenesten ud fra en procentsats på 17,91. Avancen i tidligere årsopgørelser kan ikke lægges til grund ved tabsopgørelsen, da salg af andre produkter end skumbandager kan være baggrunden for avancen, der dengang blev realiseret.

### *Ad negativ kontraktinteresse*

Klageren har gjort gældende, at klagerens opgørelse af den negative kontraktinteresse er foretaget ud fra et forsigtigt skøn. Advokaten skrev første gang til indklagede den 27. august 2013 i håbet om, at parterne kunne finde en løsning og have undgået nærværende klagesag. Dette var indklagede imidlertid ikke interesseret i, hvilket har medført, at klageren er blevet påført væsentlige omkostninger, herunder advokatombkostninger, ved nærværende klagesag. Disse omkostninger skal klageren have erstatning for. Klageren er ikke i besiddelse af timesedler eller lignende for de medarbejdere, der har deltaget i udbuddet. Klagerens ”lønforbrug” på 47.500 kr. er et forsigtigt skøn, idet der har været flere medarbejdere på udbuddet, og idet klageren efterfølgende har haft en medarbejder tilknyttet denne klagesag. Det bestrides derfor, at der er grundlag for at nedsætte opgørelsen af påstand 13.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har dokumenteret de poster, som indgår i tabsopgørelsen. Udbuddet omfattede endvidere i alt 55 delaftaler, og der skal derfor foretages en væsentlig reduktion af klagerens tilbudsomkostninger svarende til den andel af disse, som klagerens tilbudsomkostninger på delaftale 5 har udgjort. Klageren har hverken fremlagt nogen specifikation eller dokumentation vedrørende dette. Endelig kan klagerens advokatombkostninger ikke medtages i tabsopgørelsen. Det fremgår indirekte af klagerens opgørelse, at advokatombkostningerne er opgjort for hele klagesagen, herunder advokatombkostninger i forbindelse med klagenævnets behandling af overtrædelserne af udbudsreglerne. Opgørelsen indeholder således et fradrag på 50.000 kr. svarende til det beløb, som klageren blev tilkendt i sagsomkostninger i forbindelse med klagenævnets afgørelse af spørgsmålet om de påståede overtrædelser af udbudsreglerne. Advokatombkostninger i forbindelse med en klagenævns sag skal efter klagenævnspraksis (samt almindelig praksis i erstatningssager i øvrigt) holdes uden for erstatningsopgørelsen for negativ kontraktinteresse. Allerede som følge heraf skal indklagede frifindes for den del af klagers erstatningskrav, der vedrører advokatombkostninger.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget og årsagssammenhæng:

Som følge af de overtrædelser, som klagenævnet konstaterede ved kendelsen af 3. marts 2014, har indklagede handlet ansvarspådragende.

#### *Ad konditionsmæssighed*

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt, fordi klageren ikke sammen med tilbuddet indleverede datablad for de tilbudte produkter i pos. I.13 og pos. I.23.

Uanset indholdet af udbudsbetingelsernes pkt. 1.10 finder klagenævnet, at det fastsatte krav om indlevering af datablade på de tilbudte produkter ikke er et mindstekrav eller i øvrigt konkret har en sådan karakter, at manglende opfyldelse af kravet medfører, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt. Klagenævnet har lagt vægt på, at indklagede ikke har betegnet kravet som et mindstekrav, og at ordet ”skal” ikke som andre steder i udbudsbetingelserne er fremhævet med fed tekst, der må forstås som et krav, indklagede lagde særlig vægt på blev opfyldt.

#### *Ad positiv opfyldelsesinteresse*

Udbuddet vedrørte en rammeaftale om varekøb af produkter til sårbehandling. Rammeaftalen var opdelt i 55 delaftaler, og delaftale 5, som denne klagesag vedrører, omfattede ”Skumbandage med og uden klæbekant med silikonelignende klæber”. Ved delaftalen skulle tilbudsgiverne afgive tilbud på 27 produkter. Af disse 27 produkter indeholdt produktbeskrivelsen i 10 tilfælde betegnelsen ”lite”.

Udbudsbetingelserne indeholder ikke en definition af udtrykket ”lite”, og klagenævnet lægger efter udtalelsen fra Medicoindustrien til grund, at der ikke i branchen er en fælles forståelse af, hvad ”lite” betyder. Klageren og indklagede har haft hver deres opfattelse af, hvad ”lite” dækkede over, idet indklagede forstod betegnelsen som en tynd og formbar bandage beregnet til brug på vanskeligt tilgængelige steder på kroppen, herunder særligt ved tær og fingre, mens klageren forstod den som vedrørende bandagens absorberingsevne.

Klagenævnet lægger til grund, at det var af betydning for indklagede, at udbuddet omfattede skumbandager med forskellige egenskaber. Disse skulle have varierende størrelse og varierende egnethed afhængigt af, hvor på

kroppen skumbandagen skulle anvendes, herunder en tynd og formbar bandage beregnet til brug på vanskeligt tilgængelige steder på kroppen. Dette var baggrunden for udformningen af tilbudslisten, der bl.a. indeholdt 10 produkter ud af 27 med betegnelsen ”lite”. Som følge af den manglende fælles forståelse af, hvad betegnelsen ”lite” dækkede over, har indklagede ikke haft sikkerhed for, at de afgivne tilbud omfattede de ønskede produkter. På denne baggrund og under hensyn til, at mere end 40 % af de udbudte produkter indeholdt betegnelsen ”lite”, har indklagede sandsynliggjort, at udbuddet ville være blevet annulleret og delaftalen genudbudt, hvis indklagede havde vidst, at der ikke var en fælles forståelse svarende til indklagedes af de beskrevne produkter i tilbudslisten.

Efter det anførte er erstatningsbetingelsen om årsagssammenhæng mellem indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne og klagerens tab af fortjeneste ikke opfyldt, og klageren har derfor ikke krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 12 til følge.

#### *Ad negativ kontraktinteresse*

Indklagede havde ikke i udbudsbetingelserne defineret, hvad der efter indklagedes opfattelse skulle forstås ved ”lite”. Der er derfor ikke grundlag for at antage, at klageren vidste eller burde vide, at indklagede – eller i øvrigt dele af Medicoindustrien – havde en anden forståelse af betegnelsen ”lite” end klageren. Kravet om årsagssammenhæng mellem indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne og klagerens tab i form af afholdte udgifter i forbindelse med udbuddet er derfor opfyldt.

#### Ad tabet

Den største del af klagerens erstatningskrav vedrører de udgifter, som klageren har haft til advokat i forbindelse med klagesagen.

I overensstemmelse med sædvanlig retspraksis og klagenævnspraksis tilkendes der ikke erstatning til dækning af udgifter til advokatbistand i forbindelse med den sag, der er til behandling. Disse udgifter må dækkes helt eller delvist af de sagsomkostninger, som en part måtte blive tilkendt ved sagens afgørelse.

Klageren afgav tilbud på 17 af de 55 delaftaler, som udbuddet omfattede. Klagenævnet lægger derfor til grund, at kun en mindre del af det opgjorte beløb på 47.500 kr. kan antages at vedrører delaftale 5. Herefter, og da klageren ikke har redegjort for fordelingen af udgifterne på de enkelte delaftaler, fastsættes erstatningen skønsmæssigt til 5.000 kr.

Klagenævnet tager herefter påstand 13 til følge for et beløb på 5.000 kr.

### Sagsomkostninger

Klageren fik ved kendelse af 3. marts 2014 tilkendt 50.000 kr. i sagsomkostninger vedrørende den del af sagen, som blev afsluttet med kendelsen.

Under hensyn til sagens udfald vedrørende erstatningsspørgsmålet sammenholdt med parternes påstande, skal klageren betale 20.000 kr. i delvise sagsomkostninger til indklagede, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 4.

### Herefter bestemmes:

Indklagede, Region Sjælland, skal til klageren, BSN Medical AB, betale 5.000 kr. med procesrente fra den 24. marts 2014.

Beløbet skal betales inden 8 uger, efter at denne afgørelse er meddelt indklagede.

Indklagedes indbringelse af denne kendelse for domstolene inden 8 uger, efter at afgørelsen er meddelt parterne, har opsættende virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 8, stk. 1.

Klageren skal betale 20.000 kr. i sagsomkostninger til indklagede.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi  
fuldmægtig