

K E N D E L S E

Maxys A/S og
Solid Software Development ApS
(selv)

mod

Region Sjælland
(advokat Claus Berg, København)

Den 27. november 2013 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1-5 i sagen. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagernes påstande 6-9 om erstatning, indtil klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse omhandler klagernes erstatningspåstande.

Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klagerne har nedlagt følgende påstande:

»Påstand 6

Indklagede skal til Klager betale kr. 2.279.991 ekskl. moms med procesrente fra den 19-04-2013

Påstand 7 (subsidiær i forhold i påstand 6)

Indklagede tilpligtes til Klager at betale en af Klagenævnet for Udbud skønsmæssigt fastsat erstatning opgjort efter principperne for positiv opfyldelsesinteresse.

Påstand 8 (mere subsidiær i forhold til påstand 6)

Indklagede tilpligtes til Klager at betale kr. 351.600,00 ekskl. moms med procesrente fra den 19-04-2013.

Påstand 9 (mest subsidiær i forhold til påstand 6)

Indklagede tilpligtes til Klager at betale en af Klagenævnet for Udbud skønmæssigt fastsat erstatning opgjort efter principperne for negativ kontraktinteresse.«

Klagerne har opgjort deres krav i påstand 6, der vedrører erstatning for positiv opfyldelsesinteresse, således:

Ydelse	Pris	Kostpris/Udgifter	Dækningsbidrag
Licenser	171.000 kr.	27.400 kr.	143.600 kr.
Optioner	213.000 kr.	83.529 kr.	129.471 kr.
Abonnement, år 1	226.000 kr.	70.200 kr.	155.800 kr.
Abonnement, år 2	226.000 kr.	20.320 kr.	205.680 kr.
Abonnement, år 3	226.000 kr.	20.320 kr.	205.680 kr.
Abonnement, år 4	226.000 kr.	20.320 kr.	205.680 kr.
Abonnement, år 5, 100 %	226.000 kr.	20.320 kr.	205.680 kr.
Abonnement, år 6, 100 %	226.000 kr.	20.320 kr.	205.680 kr.
Abonnement, år 7, 80 %	226.000 kr.	20.320 kr.	164.544 kr.
Abonnement, år 8, 80 %	226.000 kr.	20.320 kr.	164.544 kr.
Abonnement, år 9, 60 %	226.000 kr.	20.320 kr.	123.408 kr.
Abonnement, år 10, 60 %	226.000 kr.	20.320 kr.	123.408 kr.
Abonnement, år 11, 40 %	226.000 kr.	20.320 kr.	82.272 kr.
Abonnement, år 12, 40 %	226.000 kr.	20.320 kr.	82.272 kr.
Abonnement, år 13, 20 %	226.000 kr.	20.320 kr.	41.136 kr.
Abonnement, år 14, 20 %	226.000 kr.	20.320 kr.	41.136 kr.
Total			2.279.991 kr.

Klagerne har opgjort deres krav i påstand 8, der vedrører erstatning for negativ kontraktinteresse, således:

Periode	Aktivitet	Timer	Beløb
19-11-2012 – 15-01-2013	Overordnet gennemlæsning og analyse af udbudsmateriale	20	15.300 kr.
19-11-2012 – 15-01-2013	Gennemlæsning og analyse af kravspecifikation	25	19.125 kr.
19-11-2012 – 15-01-2013	Gennemgang af kriterier for egnethed, undersøgelser, indsendelse af spørgsmål	10	7.650 kr.
19-11-2012 – 15-01-2013	Yderligere korrespondance og undersøgelse vedr. egnethed.	10	7.650 kr.
19-11-2012 – 15-01-2013	Prissætning samt diskussion og besvarelse af kravspecifikationens 376 krav, herunder: - Gruppediskussion af kravene - Tilegnelse af viden for at kunne svare på visse af kravene	250	191.250 kr.

	- Udarbejdelse af besvarelse, herunder grafik, screendumps, etc. - Konkurrentanalyse og prissætning		
19-11-2012 – 15-01-2013	Bilag, introduktionsskrivelse, udskrift, samling og kontrol af hele tilbuddet	50	38.250 kr.
25-01-2013 – 22-02-2013	Korrespondance og materiale vedr. egnethed	10	7.650 kr.
22-02-2013 – 28-06-2013	Korrespondance vedr. ordretildeling	15	11.475 kr.
22-02-2013 – 28-06-2013	Udarbejdelse af klage og replik	50	38.250 kr.
22-02-2013 – 28-06-2013	Advokatbistand		15.000 kr.
	Udgifter i alt		351.600 kr.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb.

Baggrund

Klagernes påstand 1-5 vedrørte alle indklagedes evaluering af klagernes tilbud. Under behandlingen af påstand 1-5 erkendte indklagede overtrædelserne og anførte som begrundelse herfor bl.a.:

»Om baggrunden for at indklagede har taget bekræftende til genmæle overfor Maxys A/S' påstand 1-5 bemærkes, at indklagede efter indgivelsen af klagen i sagen har foretaget en juridisk evaluering af det samlede udbudsmateriale. Det måtte på denne baggrund konstateres, at der dels af indklagede var begået fejl i forbindelse med selve tilbudsbedømmelsen som afspejlet i klagers påstand 1-5, dels forelå en række yderligere alvorlige overtrædelser af udbudsreglerne, som har medført, at udbuddet ikke har været egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Blandt de yderligere overtrædelser af udbudsreglerne som indklagede efterfølgende har konstateret, kan bl.a. fremhæves følgende:

Af udbudsbekendtgørelsen ... fremgår udtrykkeligt, at udbuddet ikke indeholder optioner, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.2. I strid hermed er der i udbudsbetingelserne blevet lagt op til, at tilbudsgiverne kunne tilbyde optioner, og at disse optioner i givet fald ville indgå i tilbudsbedømmelsen, jf. bl.a. punkt 2.3.1 i udbudsbetingelserne ... Alene af denne grund har udbuddet ikke været egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Hertil kommer, at der ifølge udbudsbetingelserne blev stillet krav om, at

tilbudsgiverne skulle »prisfastsætte leverandørens forskellige forbehold til brug for den endelige tilbudsvurdering«, jf. udbudsbetingelsernes punkt I.5. Denne del af udbudsbetingelserne var i strid med gældende udbudsregler, idet Klagenævnet for Udbud i flere kendelser har fastslået, at eventuelle forbehold alene må kapitaliseres af ordregiver selv. I den konkrete sag har bl.a. klager prisfastsat i alt 13 forbehold, som herefter er indgået i tilbudsbedømmelsen. Klagers prissætning af de 13 forbehold var for så vidt i fuld overensstemmelse med kravene i udbudsbetingelserne om, at tilbudsgiverne i givet fald skulle foretage denne prissætning som led i tilbudsgivningen. Udbudsbetingelserne var imidlertid også i så henseende udformet i strid med gældende udbudsregler. Hertil kommer, at indklagede – som angivet i klagers påstand 1 – begik den yderligere fejl at lade prisfastsættelsen af forbehold indgå i bedømmelsen af både pris og funktionalitet (samt i et vist omfang også i andre af underkriterierne for det økonomisk mest fordelagtige tilbud).

Endvidere har udbuddet indeholdt ulovlige underkriterier for det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet »tidsplan, leveringssikkerhed og organisering« samt »vedligeholdelse, support og service« ikke var egnede underkriterier i den konkrete sag. Der var således ikke i udbudsbetingelserne givet reel mulighed for, at tilbudsgiverne kunne konkurrere på disse underkriterier. Hertil kommer, at underkriteriet »tidsplan, leveringssikkerhed og organisering« burde være opdelt i flere selvstændige underkriterier med hver deres egen vægtning. Underkriterierne var derfor opstillet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 samt i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2.

Udbudsbekendtgørelsen indeholdt i øvrigt et ulovligt egnedetskriterium, som ligeledes gjorde udbuddet uegnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, idet kravet i punkt III.2.2 »Økonomisk og finansiel kapacitet« om »dokumentation for at selskabets lønomkostninger modsvarer organisationen« var uklart og derfor i strid med princippet om gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2.

Bl.a. som følge af ovennævnte forhold var udbuddet ikke egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. ...«

På grundlag af indklagedes erkendelse konstaterede klagenævnet ved kendelsen af 27. november 2013, at indklagede under udbuddet havde overtrådt EU-udbudsreglerne således:

»Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved både at vurdere klagernes funktionalitet lavt på

grund af de krav, klagerne ikke kan opfylde, og samtidig lægge prisen for opfyldelsen af disse krav (prissat af klagerne under »Optioner, der kan vælges efter overtagelsesdagen«) oven i den pris, klagerne har opgivet for opgaven.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at give korrekt beregnet point for pris, som det implicit følger af indklagedes udbudsbetingelser.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at give korrekte point for funktionalitet, som det implicit følger af indklagedes udbudsbetingelser.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at vægte muligheden for flere sprog, skønt dette slet ikke er nævnt som et krav i udbudsmaterialet.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at tildele Dankost maksimumscoren 10 point for samtlige underpunkter i »Tidsplan, leveringssikkerhed og organisering« og i »Vedligeholdelse, support og service«, men kun tildele klagerne 8 point for de samme punkter, skønt der i flere tilfælde er tale om stort set identiske bilag.«

Det fremgår af klagernes tilbud, at der er taget forbehold over for i alt 22 stillede krav i udbudsbetingelsernes kravspecifikation. Ved samtlige forbehold har klagerne anført: »Vi anser det ikke for realistisk at implementere den [den krævede funktion/det stillede krav] inden for den afstukne tidsplan. I stedet har vi tilføjet den som option, der kan bestilles efter overtagelsesdagen, se bilag 13«. I underbilag 13.1 »Specifikation af optioner med priser« prissatte klagerne forbeholdene til i alt 213.000 kr.

I overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen fremgik det af kravspecifikationen, der indgik som bilag 2 til udbudsbetingelserne, at »Der ingen optioner er til denne aftale«, men det fremgik i øvrigt af udbudsbetingelserne og var forudsat, at tilbudsgiverne kunne tilbyde optioner. Det fremgik

endvidere, at priserne på de tilbudte optioner indgik i vurderingen af tilbudet i forhold til underkriteriet »Pris«.

Parternes anbringender

Ad ansvarsgrundlaget og årsagssammenhæng:

Klagerne 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 klagerne, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten.

Klagerne har nærmere gjort gældende, at ingen af de overtrædelser af udbudsreglerne, som indklagede har anført, er så alvorlige, at udbuddet ikke har været egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Udbudsbetingelsernes afvigelse fra udbudsbekendtgørelsen har ikke haft nogen praktisk betydning for hverken tilbudsgiverne eller for indklagedes tilbudsvurdering. Det fremgår af de spørgsmål og svar, der har været inden afgivelsen af tilbud og inden indklagedes tilbudsvurdering, at både tilbudsgiverne og indklagede har fulgt de retningslinjer, der er beskrevet i udbudsbetingelserne. Hverken tilbudsgiverne eller indklagede har opdaget eller lagt vægt på en eventuel uoverensstemmelse mellem udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen vedrørende optioner.

Der er endvidere ikke grundlag for at fastslå, at den omstændighed, at indklagede har bedt tilbudsgiverne om at prissætte eventuelle forbehold, er i strid med udbudsreglerne. Dette hindrer ikke, at indklagede selv prissætter forbeholdene efterfølgende. Der er heller ikke andre tilbudsgivere, der har sat spørgsmålstegn ved dette. Det fremgår tydeligt af udbudsbetingelserne, at der kun er tale om prissætning af forbehold i forhold til kravspecifikationen. Der er ikke lagt op til, at forbehold af enhver slags kan prissættes. Det er klart, at der med »forbehold« i denne sammenhæng menes tilfælde, hvor en tilbudsgiver ikke kan opfylde et stillet krav i kravspecifikationen. Der er altså ikke tale om væsentlige forbehold over for udbudsbetingelserne. Klagerne har i overensstemmelse med udbudsbetingelserne prissat de punkter i kravspecifikationen, som klagerne ikke kunne opfylde helt. Klagerne har på intet tidspunkt taget forbehold over for mindstekrav eller grundlæggende krav. Klagerne har blot fulgt retningslinjerne i udbudsbetingelserne.

Det er ikke en overtrædelse af udbudsreglerne, at indklagede har fastsat underkriterierne »Tidsplan, leveringssikkerhed og organisering« og »Vedligeholdelse, support og service« til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Udbudsbetingelserne og bilagenes udformning som fortrykte K01-bilag lægger klart op til, at det bør være eventuelle forbehold, der trækker ned på karakteren for disse bilag (der ellers bør være 10). Det var med andre ord muligt at konkurrere også på disse kriterier. Det vil således være muligt at tage forbehold uden at komme i strid med mindstekrav i udbudsbetingelserne. Hverken klagerne eller Dankost tog forbehold over for nogen af disse bilag.

Eventuelle uklarheder ved egnethedskriteriet »Dokumentation for, at selskabets lønomkostninger modsvarer organisationen« har ikke afholdt nogen fra at byde på opgaven. Desuden har der været stillet spørgsmål til dette kriterium under udbuddet. Indklagede må derfor have taget juridisk stilling til kriteriets klarhed i den forbindelse. Da alle tilbudsgiverne blev fundet egnede, har dette eventuelle brud på udbudsreglerne ikke haft betydning for tildelingen af kontrakten.

De alvorlige fejl, som direkte og åbenlyst er skyld i klagernes tab, er alle blevet begået under eller efter tilbudsvurderingen. Fejlene er så graverende, at klagerne burde have vundet udbuddet, uanset hvordan indklagede havde vurderet optioner og forbehold.

Det er ikke »ånden/tanken« bag lovgivning og praksis, at en ordregiver skal kunne agere, som indklagede har gjort det i denne sag, og bagefter argumentere for at få sit eget udbudsmateriale underkendt og herved unddrage sig erstatningspligt. De fejl, som indklagede nævner, er ikke alvorlige nok til, at udbuddet var uegnet som grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, men selv om dette skulle være tilfældet, ændrer det ikke på, at der er en direkte og åbenlys årsagssammenhæng mellem indklagedes brud på udbudsreglerne og god udbudsskik under og efter tilbudsvurderingen og klagernes tab. I en sag som denne kan klagerne få tilkendt erstatning, uanset om indklagede kan finde mindre uoverensstemmelser og fejl i sin udbudsbekendtgørelse og sine udbudsbetingelser, når disse eventuelle uoverensstemmelser og fejl slet ikke står mål med de fejl og brud på god udbudsskik, der er begået af indklagede under og efter tilbudsvurderingen. Indklagede anfører, at klagerne burde have opdaget de »synlige« fejl i udbudsbetingelserne. Det er dog et bærende princip i udbudsretten, at alle egnede virksomheder skal

kunne byde på en given ordre. Det kan ikke kræves, at en tilbudsgiver skal have et så indgående kendskab til udbudsdirektivet, at tilbudsgiveren kan vurdere udbudsbetingelsernes egnethed som grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Desuden har indklagede i det foreliggende tilfælde på klagernes foranledning revurderet udbudsbetingelserne uden selv at finde en eneste af disse »synlige« fejl.

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

Indklagede har ikke bestridt at have handlet ansvarspådragende over for klagerne, dels som følge af karakteren af de overtrædelser, som klagerne har påberåbt sig, dels som følge af karakteren af en række andre overtrædelser af udbudsreglerne, som klagerne ikke har påberåbt sig.

Indklagede har imidlertid bestridt, at klagerne har ret til erstatning som følge af de påberåbte overtrædelser, idet der ikke er den fornødne årsagssammenhæng mellem indklagedes overtrædelser af udbudsreglerne og det tab, som klagerne gør gældende at have lidt.

Indklagede har gjort gældende, at klagerne ikke kan kræve erstatning for positiv opfyldelsesinteresse, idet der efter fast rets- og klagenævnspraksis ikke tilkendes en sådan erstatning, når der – som i nærværende 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. Klagerne er også udelukket fra at kræve erstatning for negativ kontraktinteresse, idet der efter rets- og klagenævnspraksis heller ikke tilkendes erstatning for negativ kontraktinteresse, når klager – 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.

Udover de overtrædelser af udbudsreglerne, som klagerne har påberåbt sig, gjorde indklagede sig skyldig i en række yderligere, alvorlige overtrædelser af udbudsreglerne vedrørende navnlig følgende forhold:

For det første var indklagedes håndtering af optioner på en række punkter i strid med udbudsreglerne. Af udbudsbekendtgørelsen fremgik det således

udtrykkeligt, at udbuddet ikke indeholdt optioner. Til trods for dette blev der i udbudsbetingelserne lagt op til, at tilbudsgiverne kunne tilbyde optioner, og at disse optioner i givet fald ville indgå i tilbudsbedømmelsen. Det fremgik endvidere af udbudsbetingelserne, at priserne på de tilbudte optioner indgik ved vurderingen af tilbuddet i forhold til underkriteriet »Pris«. Det er et grundlæggende princip i udbudsretten, at udbudsbetingelserne skal respektere angivelserne i udbudsbekendtgørelsen. Allerede som følge af indklagedes overtrædelse af dette grundlæggende udbudsretlige princip ved reguleringen af optioner i udbudsbetingelserne var udbuddet ikke egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Det er i den sammenhæng uden betydning, at både tilbudsgivere og indklagede har fulgt de retningslinjer, der er beskrevet i udbudsbetingelserne, eller at ingen har opdaget eller lagt vægt på en eventuel uoverensstemmelse mellem udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen.

Indklagedes håndtering af optionerne i henhold til udbudsbetingelserne var desuden i strid med princippet om gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og reglerne om udbudsbekendtgørelser i udbudsdirektivets artikel 36, stk. 1, idet der i udbudsbetingelserne var åbnet mulighed for at tilbyde optioner (som led i tilbudsbedømmelsen) uden nogen form for kvalitativ eller kvantitativ afgrænsning af mulige optioner. Udbudsbetingelserne indeholdt en »blanco-invitation« til tilbudsgiverne til at tilbyde optioner af enhver art. Denne generelle invitation til at tilbyde optioner – som tilmed ifølge udbudsbetingelserne skulle indgå i tilbudsbedømmelsen i forhold til underkriteriet »Pris« – forledte klagerne til rent faktisk at tilbyde optioner, som klagerne prissatte til i alt 213.000 kr. Klagerne blev i denne forbindelse forledt til at konvertere i alt 22 krav i henhold til kravspecifikationen til »optioner« til levering på et ikke nærmere fastsat tidspunkt efter den leveringsfrist, der var fastsat for leverancen som helhed.

Da det desuden allerede ifølge selve udbudsbekendtgørelsen var helt udelukket at gøre brug af optioner af nogen art, ville der efter indklagedes opfattelse utvivlsomt have været tale om en ulovlig, direkte tildeling, hvis indklagede – hypotetisk – havde tildelt klagerne den udbudte kontrakt.

For det andet har indklagede i udbudsbetingelserne håndteret spørgsmålet om forbehold over for udbudsbetingelserne i strid med grundlæggende udbudsretlige regler.

I udbudsbetingelsernes pkt. 1.5 var der således stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle »prisfastsætte leverandørens forskellige forbehold til brug for den endelige tilbudsvurdering«. Denne angivelse i udbudsbetingelserne var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, idet der efter fast rets- og klagenævnsspraksis alene kan blive tale om at prissætte forbehold, hvis dette kan ske på et objektivt og sikkert grundlag efter en konkret vurdering af det enkelte forbehold. Med angivelsen i udbudsbetingelserne blev der i strid hermed lagt op til, at forbehold af enhver art kunne prissættes.

I den konkrete sag har denne angivelse i udbudsbetingelserne da også forledt klagerne til den antagelse, at en række væsentlige krav til den udbudte leverance, som klagerne ikke kunne opfylde inden for den i udbuddet fastlagte tidsplan, i stedet kunne tilbydes som et led i »udviklingen som optioner, der kan vælges efter overtagelsesdagen«. Klagerne tog således forbehold over for en række krav i kravspecifikationen, der i stedet blev tilbudt som prissatte optioner, jf. klagernes tilbud og klagernes »Underbilag 13.1: Specifikationer af optioner med priser«, hvor følgende var anført: »I underbilag 2.2 tager vi forbehold for en række krav – simpelthen fordi vi ikke anser det for realistisk at udvikle den beskrevne funktionalitet inden for den afstukne tidsplan. Derfor har vi valgt at tilbyde udviklingen som optioner, der kan vælges efter overtagelsesdagen«. Der savnes et objektivt og sikkert grundlag for prissætning af de i alt 22 forbehold, der er tale om, idet disse alle vedrører klagernes udvikling af ny funktionalitet, som indklagede i sagens natur ikke havde forudsætninger for at prissætte.

At klager selv har foretaget prissætning som led i sin tilbudsgivning har intet at gøre med, om det efter de krav til prissætning af forbehold, der er udviklet efter klagenævnsspraksis, var muligt for ordregiveren at foretage prissætning på et objektivt og sikkert grundlag. Indklagede havde ikke et grundlag for prissætning af de mange forbehold over for ydelsen, som der var tale om.

Det er i øvrigt i klagenævnsspraksis fastslået, at eventuelle forbehold alene må kapitaliseres af ordregiveren selv, uden at ordregiveren anmoder tilbudsgiveren om nogen form for medvirken til denne kapitalisering.

For det tredje indeholdt udbudsbetingelserne ulovlige underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, idet underkriteri-

erne »Tidsplan, leveringssikkerhed og organisering« og »Vedligeholdelse, support og service« ikke var egnede underkriterier i den konkrete sag. Dette skyldtes især, at der ikke i udbudsbetingelserne var givet reel mulighed for, at tilbudsgiverne kunne konkurrere på disse underkriterier. Der var således fastsat udtømmende mindstekrav vedrørende de elementer, som indgik i underkriterierne, uden at der var plads til, at tilbudsgiverne kunne konkurrere på meropfyldelse relateret til disse mindstekrav. Klagerne har da også tilsluttet sig dette, idet det også er klagernes opfattelse, at den eneste måde, man kunne få andet end 10 points på, var, hvis tilbudsgiveren havde taget forbehold. Klagerne anfører således, at »Udbudsbetingelserne og bilagenes udformning som fortrykte K01-bilag lægger klart op til, at det bør være eventuelle forbehold, der trækker ned på karakteren for disse bilag (der ellers bør være 10). Det er med andre ord muligt at konkurrere også på disse kriterier«.

Dette er imidlertid i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og med udbudsdirektivets artikel 53, idet et konkurrenceparameter, som er baseret på, hvorvidt der er taget forbehold eller ej, ikke er foreneligt med disse grundlæggende udbudsretlige principper, herunder eventuelle forbehold over for tidsplanen, der efter fast klagenævnspraksis i sig selv medfører, at tilbuddet bliver ukonditionsmæssigt.

Endelig var underkriteriet »Pris« udformet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og med udbudsdirektivets artikel 53, idet tilbudsgivernes forbehold over for udbudsbetingelserne – baseret på tilbudsgivernes egen prissætning heraf – indgik som et af flere elementer i underkriteriet, og idet udbudsbetingelsernes bilag 9 »Licensbetingelser« og bilag 13 »Specifikation af optioner med priser« ifølge udbudsbetingelsernes punkt 2.3.1 ligeledes indgik i underkriteriet »Pris«. Bilagene »Licensbetingelser« og »Specifikation af optionerne« kunne ikke meningsfuldt indgå i underkriteriet »Pris«, da disse skulle udfyldes af tilbudsgiverne med adgang til at tilbyde mere eller mindre sammenlignelige licensbetingelser og mere eller mindre sammenlignelige optioner med deraf følgende risiko for prissammenligning af »æbler og pærer«, dvs. priskonkurrence på et ikke-sammenligneligt grundlag.

For det fjerde indeholdt selve udbudsbekendtgørelsen et ulovligt dokumentationskrav vedrørende egnethed, som ligeledes gjorde udbuddet uegnet til

at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Det er således efter indklagedes opfattelse uklart og derfor i strid med princippet om gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, når der i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.2 »Økonomisk og finansiell kapacitet« blev stillet krav om »Dokumentation for, at selskabets lønomkostninger modsvarer organisationen«. I mangel af nærmere krav til form og indhold af den nødvendige dokumentation var det uklart, hvad dette krav sigtede til.

Sammenfattende har indklagede gjort gældende, at de ovennævnte forhold vedrørende optioner, forbehold overfor udbudsbetingelserne, underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« og dokumentationskravet vedrørende egnethed hver for sig og tilsammen medførte, at udbuddet ikke var egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Klagerne er derfor – i mangel af årsagssammenhæng – afskåret fra at få tilkendt erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse.

Da samtlige de ovenfor omtalte overtrædelser af udbudsreglerne fremgik direkte af udbudsbetingelserne, er klagerne endvidere afskåret fra at få tilkendt erstatning svarende til negativ kontaktinteresse. Det er uden betydning, om klagerne kan betragtes som mere eller mindre professionelle tilbudsgivere. Det er derimod afgørende for bedømmelsen af årsagssammenhæng, om de omhandlede overtrædelser, som indklagede har redegjort for, må anses for at være indlysende for en rimeligt oplyst og normalt påpasselig markedsaktør. De påpegede overtrædelser af udbudsreglerne, som fremgik af udbudsbetingelserne, var indlysende, idet der er tale om graverende overtrædelser af grundlæggende udbudsretlige regler og principper. Dette gjaldt samtlige overtrædelser, men ikke mindst den ulovlige brug af optioner i udbudsbetingelserne, hvor der kunne konstateres en åbenlys modstrid mellem udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen.

Klagenævnet udtaler:

Ad ansvarsgrundlaget og årsagssammenhæng:

Indklagede har i forbindelse med sin erkendelse af overtrædelserne af udbudsreglerne, som var grundlaget for klagernes klage, og under behandlingen af spørgsmålet om erstatning påpeget en række yderligere overtrædelser af udbudsreglerne ved udformningen af udbudsbetingelserne, nemlig uoverensstemmelse mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne ved-

rørende optioner, forbehold over for udbudsbetingelserne og kapitalisering heraf, uegnede underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« og dokumentationskravet vedrørende egnethed.

De anførte overtrædelser af udbudsreglerne ved udformningen af udbudsbetingelserne har en sådan karakter, at udbudsbetingelserne ikke var egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Klagenævnet har i den forbindelse lagt vægt på uoverensstemmelsen mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne vedrørende optioner. Efter udbudsbekendtgørelsen indeholdt tilbuddet ikke optioner, mens der i udbudsbetingelserne blev lagt op til, at tilbudsgiverne kunne tilbyde optioner. Disse optioner indgik endvidere ved vurderingen af tilbuddet i forhold til underkriteriet »Pris«. Muligheden for at tilbyde optioner blev benyttet af klagerne, idet klagerne tog forbehold over for en række krav/funktioner i kravspecifikationen, der i stedet blev tilbud som prissatte optioner. Optionerne blev kapitaliseret til 213.000 kr.

Desuden har det fastsatte krav i udbudsbetingelserne om, at tilbudsgiverne selv skulle prisfastsætte deres forskellige forbehold til brug for den endelige tilbudsvurdering, medført, at tilbudsgiverne kunne prissætte forbehold af enhver art. Dette er ikke i overensstemmelse med udbudsreglerne, idet prissætningen, der skal foretages af ordregiveren, skal ske efter en konkret vurdering af forbeholdet, herunder en vurdering af, om der er tale om forbehold over for grundlæggende elementer i tilbuddet, og om prissætning overhovedet er muligt. Prissætningen skal foretages på et så objektivt og sikkert grundlag som muligt.

Endelig har underkriterierne »Tidsplan, leveringssikkerhed og organisering« og »Vedligeholdelse, support og service« som anført af indklagede ikke konkret været egnede til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Da tilbuddet ikke har været egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning er erstatningsbetingelsen om årsagssammenhæng ikke opfyldt, og klagerne har derfor ikke krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Klagenævnet tager ikke påstand 6 og 7 til følge.

Efter karakteren af overtrædelserne af udbudsreglerne ved udformningen af udbudsbetingelserne, der må betegnes som grove overtrædelser, lægger klagenævnet til grund, at klagerne var eller burde have været bekendt med de forhold, der udgjorde disse overtrædelser, inden afgivelsen af tilbud. Herefter foreligger der ikke den nødvendige årsagssammenhæng mellem de begåede overtrædelser og klagernes udgifter ved afgivelse af tilbud. Klagerne har derfor heller ikke krav på erstatning i form af negativ kontraktinteresse.

Klagenævnet tager ikke påstand 8 og 9 til følge.

Sagsomkostninger

Da klagen er modtaget i klagenævnet før ændringen af bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud den 1. juni 2013, er der ikke hjemmel til at pålægge klagerne at betale sagsomkostninger til indklagede. Efter sagens udfald vedrørende spørgsmålet om erstatning skal indklagede ikke betale yderligere sagsomkostninger til klagerne.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Region Sjælland, frifindes.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klagerne.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig