

K E N D E L S E

Air Liquide Danmark A/S
(Advokatfirmaet Bender, von Haller og Dragsted
ved specialkonsulent, cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen)

mod

1. Roskilde Amt
2. Storstrøms Amt
3. Vestsjællands Amt
(advokat Henrik Hauge Andersen, København)

Den 15. december 2005 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen (påstand 1- 21). Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstande om erstatning påstand 22 og 23, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 27. marts 2006.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 22

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 4.152.000 kr. med procesrente fra den 19. august 2005.

Påstand 23 (subsidiær i forhold til påstand 22)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 75.000 kr. med procesrente fra den 19. august 2005.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 22 ved en opgørelse af klagerens mistede dækningsbidrag på den forventede årlige leverance i den 4-årige periode i henhold til den udbudte kontrakt. Der er anvendt klagerens tilbudte priser og den forventede årlige mængde, som indklagede har oplyst, samt klagerens gennemsnitsavance ifølge klagerens årsregnskab på 34,86 %.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 23 således:

a. Konsulentarbejde til udarbejdelse af tilbud - 100 timer á 585 kr.	58.500 kr.
b. Konsulentarbejde til indsamling og behandling af data mv. - 20 timer á 585 kr.	11.700 kr.
c. Sekretærbistand og fotokopiering	4.800 kr.
	75.000 kr.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 15. december 2005 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Påstand 1

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip ved at have fastsat underkriteriet (A) »leveringssikkerhed«, uagtet dette underkriterium ikke vedrører den udbudte ydelse, men udelukkende vedrører leverandørernes kvalifikationer.

Påstand 3

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip ved at have fastsat underkriteriet (E) »sikkerhedshensyn«, uagtet dette underkriterium ikke vedrører den udbudte ydelse, men udelukkende vedrører leverandørernes kvalifikationer.

Påstand 5

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip ved at have fastsat underkriteriet (F) »miljøhensyn«, uagtet dette underkriterium ikke vedrører den udbudte ydelse, men udelukkende vedrører leverandørernes kvalifikationer.

Påstand 7

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 2, og det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip ved ikke i udbudsbetingelserne at have anført underkriterierne (B) Laveste totalomkostninger, (C) Service og (D) Kvalitet i en prioriteret rækkefølge, uagtet de indklagede havde mulighed herfor.

Påstand 9

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip ved i udbudsbetingelserne at have fastsat aftaleperioden for rammeaftalen til 4 år, uagtet det i udbudsbekendtgørelsen var anført, at den var 2 år.

Påstand 10

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip ved i udbudsbetingelserne at have medtaget en option på forlængelse af kontrakten i yderligere 1 år, uagtet det ikke i udbudsbekendtgørelsen var anført, at den udbudte rammeaftale indeholdt optioner på forlængelse, men derimod var anført en fast slutdato.

Påstand 12

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip ved ikke i udbudsbetingelserne at have fastsat mindstekrav til alternative tilbud, uagtet de indklagede i udbudsbekendtgørelsen gav mulighed for, at der kunne afgives alternative tilbud.

Påstand 13

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet artikel 7, stk. 1, og det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip ved ikke i sin skrivelse af 6. juni 2005 til klageren at have oplyst det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele.

Påstand 15

De indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved i udbudsbekendtgørelsen at fastsætte, at de indklagede ikke krævede dokumentation for de finansielle, økonomiske og tekniske formåen hos virksomheder, der var indklagede »bekendt«.

Påstand 17

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, herunder forbudet mod forhandling, ved forud for beslutningen om tildeling af kontrakten til Linde Gas Therapeutics AGA A/S at have forhandlet med Linde Gas Therapeutics AGA A/S om prisen.

Klagenævnet annullerede endvidere indklagedes beslutning af 19. maj 2005 om at indgå kontrakt med Linde Gas Therapeutics AGA A/S.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved hver af de pågældende 10 overtrædelser af EU-udbudsreglerne har 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.

Indklagede har gjort gældende, at ingen af de pågældende 10 overtrædelser af EU-udbudsreglerne indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:Ad underkriterium (B) Laveste totalomkostninger:

De samlede tilbudspriser var følgende med laveste priser øverst:

1. Yara Industrial A/S	2.271.618,70 kr.
4. Strandmøllen Industriegas A/S	2.879.608,96 kr.
2. Air Liquide Danmark A/S	3.179.880,79 kr.
3. Linde Gas Therapeutics AGA A/S	3.382.096,63 kr.

Indklagede har oplyst, at alle 4 tilbud efter deres indhold gav indklagede mulighed for at indgå kontrakt vedrørende samtlige 7 administrative områder (i Klagenævnets kendelse af 15. december 2005 betegnet som litra a - g) og mulighed for at indgå kontrakt om en, flere eller alle de udbudte ydelser (i Klagenævnets kendelse af 15. december 2005 betegnet som nr. 1 - 4).

Linde Gas Therapeutics AGA A/S afgav endvidere følgende alternative tilbud:

Alternativt tilbud I på 3.043.886,97 kr. Dette tilbud var betinget af, at tilbudsgiveren blev totalleverandør af flydende luftarter til alle 3 amter.

Alternativt tilbud II på 2.536.572,47 kr. Dette tilbud var betinget af, at denne tilbudsgiver blev totalleverandør af flydende luftarter til alle 3 amter, samt af, at de 3 amter indgik en Accura-drop-aftale med tilbudsgiveren, hvilket indebærer, at tilbudsgiveren kunne ændre på logistikdelen (lagrene) og dermed opnå leveringsmæssige fordele.

Indklagede har dog oplyst, at indklagede efter en fornyet gennemgang af dokumenterne vedrørende udbudet foretaget siden mødet den 10. oktober 2005 ikke mener, at klageren afgav tilbud på ilt til tanke (ydelse 3) vedrørende Storstrøms Amt (administrativt område f) og Roskilde Amt (administrativt område e).

Klageren har heroverfor oplyst, at klageren kun modtog én tilbudsblanket vedrørende ilt til tanke (ydelse 3) og derfor ved afgivelsen af sit tilbud forudsatte, at udfyldelsen af denne blanket dækkede samtlige 3 amter. Efter afsendelsen af tilbudet og efter tilbudsfristens udløb fik klageren pr. mail en forespørgsel fra indklagede om tilbud vedrørende ilt i tanke til Roskilde Amt og til Storstrøms Amt vedlagt 2 tilbudsblanketter, og klageren udfyldte herefter yderligere disse tilbudsblanketter og tilbagesendte dem til indklagede.

Tilbudspriserne pr. m³ på ilt til tankanlæg (ydelse 3) var i de 4 tilbud følgende:

- | | |
|-----------------------------------|----------|
| 1. Yara Industrial A/S | 2,70 kr. |
| 2. Air Liquide Danmark A/S | 2,95 kr. |
| 3. Linde Gas Therapeutics AGA A/S | 3,10 kr. |
| 4. Strandmøllen Industriegas A/S | – kr. |

Klagerens pris på 2,95 kr. var indeholdt i klagerens tilbud af 27. september 2004. Klageren fremsendte imidlertid – uanset at fristen for afgivelse af tilbud var udløbet – den 18. oktober 2004 en anden udfyldt tilbudsliste vedrørende ilt, hvori prisen var angivet til 2,65 kr. Indklagede har oplyst, at ind-

klagede selvfølgelig ikke tog hensyn til de nye pris, der var fremkommet i strid med EU-udbudsreglerne.

Indklagede afholdt den 4. maj 2005 – d.v.s. inden indklagede den 19. maj 2005 besluttede at indgå kontrakt med Linde Gas Therapeutics AGA A/S – et møde med denne tilbudsgiver (jf. herved påstand 17). Et notat fra mødet udarbejdet af indklagede samme dag indeholder bl.a. følgende spørgsmål fra indklagede med tilhørende svar fra denne tilbudsgiver:

» Kredit indtil dokumentationssystemet ønsket iværksat.	Store Sygehuse (Roskilde – Køge – Næstved – Nykøbing – Slagelse - Holbæk) vil få krediteret kr. 6.000 pr. måned indtil dokumentationssystemet ønskes iværksat. Øvrige Sygehuse der har mere end 20 flasker i snit vil få en kredit der er proportionalt i forhold til de store sygehuse.«
---	---

I et notat betegnet »Beslutningsmodel«, som indklagede udarbejdede efter, at indklagede den 4. maj 2005 havde forhandlet med tilbudsgiveren Linde Gas Therapeutics AGA A/S, er de 4 tilbudsgivere anført med følgende point vedrørende underkriterium (B) laveste totalomkostninger:

1. Yara Industrial A/S	83
2. Air Liquide Danmark A/S	60
3. Linde Gas Therapeutics AGA A/S	100
4. Strandmøllen Industriegas A/S	66

Ad underkriterium (C) Service:

Indklagede har oplyst, at indklagede ved vurderingen af tilbudene vurderede tilbudet fra klageren og tilbudet fra Linde Gas Therapeutics AGA A/S som ligestillede.

Ad underkriterium (D) Kvalitet:

Indklagede har oplyst, at indklagede ved vurderingen af tilbudene bedømte klagerens tilbud til 95 point, mens tilbudet fra Linde Gas Therapeutics AGA A/S blev bedømt til 100 point.

Klageren har vedrørende den principale påstand 22 gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om det udbudte indkøb, eller at det i hvert fald er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, og at klageren derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse. Klageren havde ikke mulighed for at begrænse sit tab.

Klageren har nærmere anført, at klagerens tilbud bedømt på grundlag af de 3 underkriterier, som Klagenævnet fandt egnede, nemlig (B) Laveste totalomkostninger, (C) Service og (D) Kvalitet, var det økonomisk mest fordelagtige tilbud af de 4 tilbud. Disse underkriterier var ikke i udbudsbetingelserne vægtet, og de skal derfor ved vurderingen af tilbudene vægtes lige. Klagerens tilbud skulle således, hvis ikke indklagede havde anvendt ulovlige underkriterier (påstand 1, 3 og 5), have været vurderet som det økonomisk mest fordelagtige, og klageren skulle således have været tildelt kontrakten.

Klageren har vedrørende underkriterium (B) Laveste totalomkostninger nærmere anført, at der ved vurderingen af prisen i tilbudet fra Linde Gas Therapeutics AGA A/S skal bortses fra de justeringer af tilbudet, der var en følge af de ulovlige forhandlinger, som indklagede gennemførte med denne tilbudsgiver (påstand 17).

Klageren har vedrørende underkriterium (C) Service og (D) Kvalitet gjort gældende, at klagerens tilbud i denne henseende er bedre end de øvrige tilbud. Klageren har nærmere anført følgende:

- a. Klagerens serviceberedskab er særdeles omfattende og sikrer hurtig, sikker og faglig specialiseret assistance i nødsituationer både ved klagerens egne anlæg og ved brud på det interne ledningsnet hos kunderne. Klageren er med et eget serviceberedskab ikke afhængig af andre leverandører på markedet. Klagerens servicekontrakt sikrer endvidere en optimal løbende servicering af installerede anlæg m.v.
- b. Klageren tilbyder et velafprøvet flaskestyringssystem, der er ledende på markedet.
- c. Klagerens validering af fyldningsprocessen var på udbudstidspunktet særdeles stærk i forhold til resten af markedet.
- d. Klageren var på udbudstidspunktet som en af de få leverandører på markedet i stand til at foretage fyldning af de compact-flasker, som ud-

budet omfattede.

Klageren har vedrørende den subsidiære påstand 23 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med de for-gæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden under udbudet afgav tilbud, og at klageren således har krav på en erstatning, der svarer til negativ kontraktinteresse. Klageren har nærmere anført, at klageren ville have afgivet tilbud, også selvom klageren havde været bekendt med, at der under udbudet ville blive begået de fejl, som Klagenævnet har fastslået.

Indklagede har vedrørende den principale påstand 22 gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået kontrakten, at klageren heller ikke har ført bevis for, at det er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse.

Indklagede har specielt vedrørende underkriterium (D) Kvalitet gjort gældende, at der vedrørende dette underkriterium især er foretaget en vurdering af det lagerstyringssystem, som tilbudsgiverne fremkom med tilbud på, og at dette er baggrunden for, at tilbudet fra Linde Gas Therapeutics AGA A/S opnåede en bedre bedømmelse (100) end de 3 andre tilbud (95).

Indklagede har vedrørende den subsidiære påstand 23 gjort gældende, at det efter retspraksis er en forudsætning for at få tilkendt erstatning for afholdte udgifter til deltagelse i udbudet (negativ kontraksinteresse), at tilbudsgiveren godtgør, at tilbudsgiveren ikke ville have afgivet tilbud og dermed afholdt de pågældende udgifter, hvis tilbudsgiveren havde været bekendt med de forhold, som indebar, at udbudet blev gennemført i strid med EU-udbudsreglerne. I den aktuelle sag er det utvivlsomt, at klageren ville have deltaget i udbudet, selvom klageren havde været klar over, at der ville ske de pågældende overtrædelser, idet den væsentlig del af overtrædelserne på grund af udbudsbetingelsernes indhold på forhånd måtte stå klart for klageren.

Klagenævnet udtaler:Ad erstatningsgrundlaget:

Efter beskaffenheden af de overtrædelser af EU-udbudsreglerne, der er anført i påstand 1, 3, 5, 7, 12 og 17, er indklagede efter almindelige erstatningsregler erstatningsansvarlig over for klageren. Derimod indebærer overtrædelserne anført i påstand 9, 10, 13 og 15 efter deres beskaffenhed ikke, at indklagede er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:Ad påstand 22

Ved vurderingen af, om klageren har ført bevis for, at klageren, hvis de erstatningspådragende fejl ikke var blevet begået, ville have fået kontrakten eller dog, at det er overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, tager Klagenævnet udgangspunkt i de 3 fastsatte underkriterier, som var egnede til at indentificere den økonomisk mest fordelagtige bud, nemlig (B) Laveste totalomkostninger, (C) Service og (D) Kvalitet. Uanset at der ikke i udbudsbetingelserne var sket en prioritering af disse 3 underkriterier, kan de 3 underkriterier ikke ved Klagenævnets vurdering tillægges samme vægt. Vedrørende underkriterium (C) Service vurderede indklagede tilbudene fra klageren og fra Linde Gas Therapeutics AGA A/S som lige, og vedrørende underkriterium (D) Kvalitet vurderede indklagede tilbudet fra Linde Gas Therapeutics AGA A/S som lidt bedre end klagerens tilbud. Vedrørende underkriterium (B) Laveste totalomkostninger lægger Klagenævnet til grund, at indklagede på baggrund af udbudsbetingelserne var berettiget til at vælge det alternative tilbud II fra Linde Gas Therapeutics AGA A/S, idet den manglende angivelse i udbudsbetingelserne af minimumskrav til alternative tilbud (påstand 12) ikke i den konkrete situation var til hinder for, at indklagede kunne foretage en vurdering af dette alternative tilbud i forhold til de 4 tilbud, som var angivet i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Det kan endvidere efter en sammenligning af det alternative tilbud II fra Linde Gas Therapeutics AGA A/S med den kontrakt, der blev indgået med denne tilbudsgiver, ikke konstateres, at de ulovlige forhandlinger med denne tilbudsgiver har haft afgørende betydning for indklagedes vurdering

(påstand 17). Klageren har således ikke ført bevis for, at det var overvejende sandsynligt, at klageren ville have fået kontrakten, hvis de konstaterede fejl ikke var begået. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 23

Det påhviler efter EU-udbudsreglerne de offentlige ordregivere at tilrettelægge EU-udbud på en professionel måde, således at tilbudsgiverne, forinden de anvender ressourser på at udarbejde og afgive tilbud, ikke skal sikre sig, at udbudsbetingelserne ikke indeholder fejl, som udelukker, at EU-udbudet kan gennemføres på en korrekt og forsvarlig måde. Den omstændighed, at senere konstaterede overtrædelser af EU-udbudsreglerne har sammenhæng med den måde, som udbudsbetingelserne er udformet på, udelukker således ikke generelt en tilbudsgiver fra at få erstatning for forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbud.

Udbudsbetingelserne ved det aktuelle udbud gav efter deres indhold klageren anledning til at overveje, om der forelå de overtrædelser, som er anført i påstand 9, 10 og 15. Overtrædelserne anført i påstand 1, 3, 5 og 7 fremgik derimod ikke umiddelbart af udbudsbetingelserne, men kunne først konstateres efter gennemførelsen af udbudet. Hertil kommer, at klageren var udelukket fra på forhånd at vide, at indklagede ville begå den overtrædelse, der er anført i påstand 17.

På denne baggrund, og når det tillige tages i betragtning, at det aktuelle EU-Udbud var præget af en helt utilstrækkelig professionel tilrettelæggelse og styring, har klageren krav på erstatning for de udgifter, som han forgæves har afholdt til udarbejdelse af sit tilbud. Klagenævnet fastsætter denne erstatning i overensstemmelse med klagerens subsidiære påstand.

Herefter bestemmes:

De indklagede, 1. Roskilde Amt, 2. Storstrøms Amt og 3. Vestsjællands Amt, skal in solidum til klageren, Air Liquide Danmark A/S, betale 75.000 kr. med procesrente fra den 19. august 2005.

De indklagede skal in solidum i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 15.000 kr.

Beløbene 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 Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 2.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig