

K E N D E L S E

Ementor Denmark A/S
(advokat Thomas Ryhl, København)

mod

Århus Amt
(advokat René Offersen, København)

Den 10. maj 2002 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen påstand 1, 2, 5, 7, 8 og 10. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens krav om erstatning, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 18. februar 2003.

Klageren, Ementor Danmark A/S, har nedlagt følgende påstande:

Påstand 11

Indklagede, Århus Amt, tilpligtes til klageren at betale 74.202.516 kr. med procesrente af 59.362.013 kr. fra den 26. august 2002.

Påstand 12 (subsidiær i forhold til påstand 11)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 74.202.516 kr. med procesrente som anført.

Indklagede har påstået frifindelse.

Klageren har opgjort kravet i påstand 11 således:

I. Erstatning for mistet dækningsbidrag:

A. Vedrørende medicinmodulet (udbud A):

1. Klagerens tilbud af 11. august 2000	3.500.000 kr.
2. Påregnelige ekstraarbejder og ændringsønsker	<u>18.874.766 kr.</u>
I alt	22.374.746 kr.
Udgifter vedrørende medicinmodulet	<u>9.166.963 kr.</u>
	13.207.783 kr.

B. Vedrørende rekvisitions- og svarmodulet (udbud D):

1. Klagerens tilbud af 11. august 2000	4.000.000 kr.
2. Påregnelige ekstraarbejder og ændringsønsker	<u>18.056.712 kr.</u>
I alt	22.056.712 kr.
Udgifter vedrørende rekvisitions- og svarmodulet	<u>8.677.994 kr.</u>
	13.378.718 kr.

II. Erstatning for mistet dækningsbidrag vedrørende 3 gensalg:

Tab i forbindelse med en mistede mulighed for gensalg af de to brugermodulet omsat til 3 x indtægterne ved salg af henholdsvis medicinmodul og rekvisitions- og svarmodul, svarende til en grundpris på medicinmodulet på 5.587.400 kr. og for rekvisitions- og svarmodulet på 5.265.600 kr. (i alt 10.853.000 kr. x 3)	32.599.000 kr.
---	----------------

III. Udgifter i forbindelse med klagesagen for Klagenævnet for Udbud:

Administrerende direktør Finn Hindkjær Petersen og direktør Jef Sølvsteen samlet 75 timer á 1.310,08 kr.	196.512 kr.
Fakturerede advokatombkostninger med fradrag af tilkendte sagsombkostninger (170.000 kr. – 150.000 kr.)	<u>20.000 kr.</u>
	216.512 kr.

Det samlede krav:

Ad I, A	13.207.783 kr.
Ad I, B	13.378.718 kr.
Ad II	32.599.000 kr.
Ad III	<u>216.512 kr.</u>
	59.362.013 kr.

moms	<u>14.840.503 kr.</u>
I alt	74.202.516 kr.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 10. maj 2002 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet bl.a. har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved vedrørende udbud A den 13. december 2000 at beslutte at indgå kontrakt med Systematic Software Engineering A/S vedrørende Medicinmodulet, uagtet denne virksomhed ikke var prækvalificeret som tilbudsgiver under dette udbud, og uagtet virksomheden ikke havde afgivet tilbud.

Ad påstand 8

Indklagede har vedrørende udbud D handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved den 13. december 2000 at beslutte at indgå kontrakt med Systematic Software Engineering A/S vedrørende Rekvisitions- og svarmodulet, uagtet denne virksomhed ikke var prækvalificeret som tilbudsgiver under dette udbud, og uagtet virksomheden ikke havde afgivet tilbud.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne havde handlet på en sådan måde, at indklagede efter gældende erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten, og som havde fået kontrakten, hvis ikke udbyderen havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at beslutte at indgå kontrakt med Systematic Software Engineering A/S.

Indklagede har i første række gjort gældende, at de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne ikke indebærer, at indklagede efter gældende erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har i anden række 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.

Ved stævning af 12. februar 2002 anlagde klageren ved Sø- og Handelsretten i København sag mod Systematic Software Engineering A/S. Klageren nedlagde principalt påstand om, at Systematic Software Engineering A/S blev tilpligtet at betale 11.100.000 kr., subsidiært et mindre beløb. I svarskrift af 29. april 2002 nedlagde Systematic Software Engineering A/S påstand om frifindelse. I januar 2003 indgik parterne et forlig, hvorefter Systematic Software Engineering A/S skulle betale et væsentligt mindre beløb end det krævede til klageren som delvis kompensation for manglende indtægter i forbindelse med levering af bl.a. integrationsløsningen til EPJ til Århus Amt. Som et led i forliget aftalte parterne, at de herefter ikke kunne rette krav mod hinanden vedrørende forhold, der var omhandlet i de processkrifter, der var afgivet under retssagen. Processkrifterne og forliget har været fremlagt for Klagenævnet under Klagenævnets behandling af klagerens erstatningskrav.

Klagenævnet udtaler:

Som anført i Klagenævnets kendelse af 10. maj 2002 handlede indklagede i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at beslutte at indgå kontrakt med Systematic Software Engineering A/S vedrørende medicinmodulet og vedrørende rekvisitions- og svarmodulet, uagtet denne virksomhed ikke var prækvalificeret som tilbudsgiver under udbudene, og uagtet virksomheden ikke havde afgivet tilbud (påstand 5 og 8). Klagenævnet skal under den fortsatte sag tage stilling til, om indklagede efter de offentligretlige erstatningsregler har handlet ansvarspådragende overfor klageren ved at indgå kontrakt med Systematic Software Engineering A/S.

Efter lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3, kan Klagenævnet pålægge den offentlige udbyder at yde klageren erstatning for tab, der er lidt som følge af overtrædelser af EU-udbudsreglerne. I de

typiske tilfælde, hvor en offentlig udbyder har handlet ansvarspådragende overfor en tilbudsgiver, vil den ansvarspådragende adfærd være udøvet i forbindelse med, at den offentlige udbyder indgår kontrakt med en anden tilbudsgiver end klageren. Ved bestemmelsen i § 6, stk. 3, er der tillagt Klagenævnet kompetence til at træffe afgørelse om erstatning i denne typiske situation.

I den aktuelle sag foreligger der den særlige situation, at indklagede ved at indgå kontrakt med Systematic Software Engineering A/S efter de offentlige erstatningsregler muligt er erstatningsansvarlig overfor klageren, og at Systematic Software Engineering A/S ved indgåelse af den samme kontrakt efter de privatretlige erstatningsregler muligt er ansvarlig overfor klageren. Klagerens erstatningskrav mod indklagede er efter § 6, stk. 3, omfattet af Klagenævnets kompetence, hvorimod klagerens erstatningskrav mod Systematic Software Engineering A/S henhører under domstolene. Da både indklagede og Systematic Software Engineering A/S i så fald ved indgåelse af en og samme kontrakt har handlet ansvarspådragende overfor klageren, kan der opstå forskellige spørgsmål vedrørende erstatningen. I en sådan situation vil der typisk skulle tages stilling til, om de to erstatningsansvarlige som samvirkende skadesvoldere hæfter solidarisk for erstatningen, og dette spørgsmål kan Klagenævnet ikke tage stilling til, da hverken indklagede eller klageren kan inddrage Systematic Software Engineering A/S som part under sagen for Klagenævnet. Såfremt det antages, at indklagede og Systematic Software Engineering A/S hæfter solidarisk, bliver der endvidere – i hvert fald hvis der nedlægges påstand derom – spørgsmål om at tage stilling til fordelingen af erstatningsansvaret. Heller ikke dette spørgsmål kan Klagenævnet tage stilling til. Såfremt det antages, at indklagede og Systematic Software Engineering A/S ikke hæfter solidarisk, bliver der spørgsmål om fordeling af ansvaret mellem de 2 erstatningsansvarlige. Heller ikke dette spørgsmål kan Klagenævnet tage stilling til.

På baggrund af det anførte må det antages, at Klagenævnet kompetence efter § 6, stk. 3, skal fortolkes således, at Klagenævnet ikke er kompetent til at tage stilling til erstatningskrav mod offentlige udbydere, når der i forbindelse med, at den offentlige udbyder pådrager sig erstatningsansvar overfor en tilbudsgiver, tillige af en privat virksomhed er handlet ansvarspådragende overfor tilbudsgiveren. Sådanne erstatningsspørgsmål, som både omfatter erstatningskrav mod en offentlig udbyder og erstatningskrav mod en

privat virksomhed, er således ikke omfattet af Klagenævnets kompetence, men henhører under domstolene.

Det erstatningskrav, som klageren har gjort gældende mod indklagede, er således ikke omfattet af Klagenævnets kompetence, og Klagenævnet afviser derfor – uanset at indklagede ikke har nedlagt påstand herom - påstand 11 og 12. Det bemærkes herved, at den omstændighed, at klageren muligt har opgivet sit erstatningskrav mod Systematic Software Engineering A/S, ikke medfører nogen ændring i den afgrænsning af Klagenævnets kompetence, som er fastlagt i § 6, stk. 3.

Herefter bestemmes:

Påstand 11 og 12 afvises.

Indklagede, Århus Amt, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, Ementor Denmark A/S.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig