

K E N D E L S E

J.H. Schultz Information A/S
(advokat Jacob Nørager-Nielsen, København)

mod

Kulturarvstyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Mia Thulstrup Gedbjerg)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 125 166966 af 26. juni 2008 udbød Kulturarvstyrelsen som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en tjenesteydelse vedrørende digital formidling af de bedste fortællinger om dansk kulturarv (»1001 fortællinger om Danmark«) til en anslået værdi af 4.500.000 kr.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 18. august 2008 havde ti virksomheder/konsortier anmodet om prækvalifikation.

Indklagede besluttede at prækvalificere fem virksomheder, bl.a. J.H. Schultz Information A/S og et konsortium bestående af Advice Digital A/S, Eksponent ApS og Kontrabande ApS (i det følgende benævnt »Advice«).

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde tre af de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud, bl.a. de to nævnte. Indklagede vurderede, at tilbuddet fra den tredje tilbudsgiver ikke var konditionsmæssigt.

Den 3. november 2008 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Advice, og meddelelse herom blev givet til klageren samme dag. Kontrakt blev herefter indgået den 18. november 2008.

Den 17. juni 2009 indgav klageren, J.H. Schultz Information A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Kulturarvstyrelsen. Klagen har været behandlet på et møde den 22. december 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra konsortiet Advice Digital A/S, Eksponent ApS og Kontrabande ApS i betragtning, uagtet dette tilbud ikke var konditionsmæssigt, idet det ikke opfyldte udbudsbetingelsernes minimumskrav vedrørende tidsplan og licenser.

Påstand 2

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.894.857,60 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra den 17. juni 2009.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et 441.945,89 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra den 17. juni 2007.

Indklagede har erkendt overtrædelsen af påstand 1. Indklagede har vedrørende påstand 2 og 3 nedlagt påstand om frifindelse.

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

»3 Minimumskrav til indholdet af tilbuddet

...

3.2 Udfyldt detaljeret tidsplan i bilag II til udbudsbetingelserne

...

3.3 Udfyldt prisblad i bilag II til udbudsbetingelserne

...

3.5 Projektmedarbejdere

...

3.6 Licenser

...

5 Grundlag for udelukkelse af tilbudsgiver

Manglende opfyldelse af minimumskrav vil ligesom manglende eller for sen fremsendelse af tilbud medføre, at tilbuddet udelukkes fra vurdering.

5.1 Forbehold

Der kan ikke tages forbehold over for grundlæggende vilkår eller minimumskrav....Samtlige dokumentationskrav, oplysninger, beskrivelser og redegørelser i afsnit 3 og 4 skal være indeholdt i tilbudsgivers tilbud for at tilbuddet kan anses som konditionsmæssigt.

...«

Tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« er i udbudsbetingelserne beskrevet således:

»

Underkriterier	Hovedvægtning i %	Delvægtning i %
Kvalitet	50 %	
- Koncept		50 %
- Websted		25 %
- Mobil tilgængelig		25 %
Tidsplan	25 %	
Pris	25 %	

...«

Kravspecifikationen indeholder bl.a. følgende:

»Krav 3 Oversættelse til engelsk

Leverandøren skal oversætte teksterne til et professionelt britisk engelsk. Den person, der oversætter, skal være medlem af translatørforeningen, statsautoriseret translatør eller tilsvarende.

...

Krav 8 URL

Webstedet skal kunne publiceres både som selvstændigt domæne og som applikation under www.kulturarv.dk

...

Krav 25 Browserkompatibilitet

Webstedet skal kunne anvendes fra de mest almindelige anvendte browsertyper i nyere versioner, jf. skemaet herunder. Mindre afvigelser i indholdspræsentationen kan accepteres. Al funktionalitet og indhold skal dog være til rådighed.

Microsoft Windows	MAC	GNU/Linux
IE 6, 7 og 8	Safari 3	Firefox 3
Firefox 3	Firefox 3	
Opera 9		

Leverandøren skal redegøre for kompatibilitet med ovenstående produkter og angive hvilke versioner, der vil kunne anvendes med systemet.

...

Krav 31 DS 484

Både leverandøren og leverancen skal overholde sikkerhedskravene i DS 484, som Kulturarvstyrelsen er forpligtet af...

...«

Klagerens tilbud indeholder følgende ad krav 8:

»Løsningen vil blive udviklet som en selvstændig applikation, der kan tilgås fra et vilkårligt domæne. Webstedet vil kunne publiceres, hvor Kulturarvstyrelsen ønsker det.

Uafhængigheden af domæne sikres gennem linkstrukturen i applikationen. I udvikling af applikationen bruges således relative links til interne links og absolutte links til eksterne links og links til www.kulturarv.dk's undersider. Linksstrukturen sikrer herved, at applikationen er domæne-uafhængig.«

Klagerens tilbud indeholder følgende ad krav 25:

»I forbindelse med levering af HTML, CSS og Javascript vil leverandøren crossbrowseroptimere løsningen, så den fungerer optimalt og har samme designmæssige udtryk i følgende browsere:

Internet Explorer (version 6.x, 7.x og 8.x)

Mozilla Firefox (version 3.x)

Safari (version 3.1)

Opera (version 9.x)

Google Chrome (pt. BETA-version)

I ovennævnte browsere vil al funktionalitet og indhold være til rådighed. Der kan forekomme mindre afvigelser i indholdspræsentationen.«

Klagerens tilbud indeholdt følgende ad krav 31:

»Leverandøren vil sikre, at leverancen overholder sikkerhedskravene, der stilles i DS-484 til leverancer fra eksterne.

Leverandøren er indstillet på at indgå i en konkretiseret samarbejdsaftale, omfattende de i DS 484 stillede krav, som er relevante for ift. Den konkrete leverance, herunder også omfattende krav til informationsud-

veksling til ekstern leverandør samt leverance af relevant materiel til udarbejdelse af konkret risikovurdering.

Gennem dette opfylder leverandøren kravet.«

Indklagede udarbejdede den 31. oktober 2008 en »samlet vurdering og indstilling« vedrørende tilbuddene fra Advice og klageren.

I den meddelelse, som klageren modtog den 3. november 2008, er begrundelsen for at tildele kontrakten til Advice sammenfattet således:

»Advice har, i den samlede vurdering ad »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« bedømt efter underkriterierne kvalitet (koncept, websted og mobil tilgængelighed), tidsplan og pris, leveret den bedste løsning.

Konsortiet er klart bedst på kvalitet (50 %). Det udslagsgivende er her især konsortiets bud på den journalistiske bearbejdning af teksterne (flere genrer) og de mange velintegrerede brugerfaciliteter i et meget flot og logisk opbygget websted.

Da Advice samtidig præsenterer solide løsninger på underkriterierne tidsplan (25 %) og pris (25 %), opnår konsortiet dermed den samlede bedste vurdering.

Det er Kulturarvstyrelsens opfattelse, at Advice alt i alt leverer den mest dynamiske og fremtidssikrede løsning.

...«

Klageren modtog efterfølgende den samlede vurdering.

Under klagenævnssagen har klageren fremlagt opgørelser over sit tab, opgjort som henholdsvis positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktinteresse.

Klageren har opgjort »Avance der ville være opnået ved tildeling af kontrakt om »1001 fortællinger om Danmark« « således:

Indtægter, jf. prisark

Hovedleverancen (litra A-L og N)	kr. 4.166.666,00
Option, jf. krav 19	kr. 14.161,00

Udgifter, jf. nedenfor

Hovedleveransen (litra A-L og N)	kr. 2.278.886,46
Option, jf. krav 19	kr. 7.082,94

Avance/ positiv opfyldelsesinteresse	kr. 1.894.857,60
--------------------------------------	------------------

I opgørelsen følger herefter en opregning af forskellige medarbejdere med angivelse af antal timer og timesats for hver.

Direktør Eskil Thygesen, klageren, har den 9. december 2009 afgivet følgende erklæring:

»...

Tab/ negativ kontraktinteresse.

...

Schultz Information arbejder ikke med time-/sagsregistrering på udbudsarbejdet, men det typiske tilbudsarbejde på et EU Udbud vil erfaringsmæssigt udgøre tdkk 500 hos Schultz Information incl. tilbudsprojektledelse (bid management), udarbejdelse af tilbud, korrektur, compliance-check, trykning og levering af tilbud til opdragsgiver. Dette beløb afspejler naturligvis de høje generelle krav til EU-udbuds formelle indhold og de ofte høje individuelle krav for besvarelse og dokumentation af mindstekrav, krav, optioner m.m. i EU udbud, således også det nærværende udbud fra Kulturarvstyrelsen.

... <<

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Advice som anført i påstanden ikke var konditionsmæssigt, og at indklagede derfor har overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved at tage det i betragtning.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 2 og 3

Ad erstatningsgrundlaget:

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den overtrædelse, som anført ad påstand 1, har handlet på den 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 erkendt at være erstatningspligtig.

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende påstand 2 nærmere gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om den udbudte tjenesteydelse. Der er ikke grundlag for at antage, at indklagede i så fald i stedet ville have annulleret udbuddet.

Vedrørende påstand 3 har klageren gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få sine forgæves udgifter i forbindelse med tilbudsafgivning-
en erstattet.

Klageren har gjort gældende, at kravene til årsagsforbindelse og adækvans er opfyldt. Klageren har i første række gjort gældende, at indklagede burde have søgt de mulige tvivlsspørgsmål vedrørende klagerens opfyldelse af kravspecifikationens krav 3, 8, 25 og 31, der er af teknisk karakter, afklaret, inden tildelingsbeslutningen blev truffet.

I anden række har klageren gjort gældende, at Julian Isherwood opfylder krav 3 om tilsvarende kvalifikationer som statsautoriseret translatør, at krav 8 er opfyldt, at klagerens tilbud opfylder krav 25 om browserkompatibilitet, idet anførslen Safari version 3.1 er en utvetydig angivelse af version 3, og at det af klagerens tilbud klart fremgår, at krav 31 om DS 484 er opfyldt både for så vidt angår leverandøren som leverancen.

Vedrørende tabsopgørelsen har klageren henvist til de fremlagte opgørelser.

Indklagede har i første række gjort gældende, at klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt, idet tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene 3, 8, 25 og

31 i kravspecifikationen. Indklagede ville ikke have været berettiget, endsi-ge forpligtet, til at indgå i forhandlinger med klageren om forståelsen af grundlæggende elementer så som kravspecifikationens opfyldelse i klage-rens tilbud. Klagerens tilbud opfylder ikke krav 3, idet Julian Isherwood – sin store erfaring til trods – ikke på nogen måde er certificeret. Tilbuddet opfylder heller ikke krav 8, hvorefter den tilbudte løsning skal publiceres både som selvstændigt domæne og som applikation under www.kultur-arv.dk. Tilbuddet opfylder heller ikke krav 25 om browserkompatibilitet, idet ikke alle underversioner af safari version 3, men kun version 3.1 under-støttes i klagerens tilbud. Endelig opfylder klagerens tilbud heller ikke krav 31. Der er herefter ikke årsagsforbindelse mellem den erkendte overtrædel-se ad påstand 1 og klagerens tab.

Indklagede har for så vidt angår påstand 2 i anden række gjort gældende, at indklagede – såfremt Klagenævnet skulle nå frem til, at klagerens tilbud var konditionsmæssigt – ville have annulleret udbuddet, idet der i så fald alene var ét konditionsmæssigt tilbud. Der var således betydelig forskel i kvalite-ten af de tilbudte løsninger fra henholdsvis klageren og Advice, og en an-nullation af udbuddet ville således have været lovlig. Der ville ikke for ind-klagede have været væsentlige ulemper forbundet med et genudbud af kon-trakten henset til, at der først var forudsat lancering i 2011.

Indklagede har i det hele bestridt klagerens tabsopgørelser.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Som også erkendt af indklagede opfyldte tilbuddet fra Advice ikke de fast-satte mindstekrav vedrørende tidsplan og licenser, og indklagede skulle der-for have afvist tilbuddet. Påstanden tages til følge.

Ad påstand 2 og 3

Indklagede har – som også erkendt – ved den overtrædelse, der er fastslået ad påstand 1, efter de almindelige erstatningsregler handlet erstatningspå-dragende over for klageren.

Det afgørende for, om indklagede skal tilpligtes at godtgøre klageren dennes tab, enten ved ikke at have fået tildelt kontrakten (påstand 2) eller for de forgæves afholdte omkostninger ved i forbindelse med afgivelsen af tilbud (påstand 3), er herefter i første række, hvorvidt klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt. Såfremt det var tilfældet, er der nemlig ikke årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og klagerens tab.

Vedrørende krav 3, Oversættelse til engelsk, finder Klagenævnet, at kravspecifikations formulering ikke med tilstrækkelig tydelighed afskærer tilbud, hvor oversættelsen angives at skulle ske som anført i klagerens tilbud. Klagerens tilbud opfyldte derfor krav 3.

De øvrige punkter i klagerens tilbud, som indklagede har påberåbt sig til støtte for, at klagerens tilbud skulle være ukonditionsmæssigt (krav 8, 25 og 31), vedrører krav til den tilbudte ydelse, og der er ikke i kravspecifikationen stillet krav om, at tilbudsgiveren ved tilbudsgivingen skal dokumentere, at kravene nu også vil blive opfyldt i forbindelse med leverancen. Allerede af den grund er der derfor ikke grundlag for at fastslå, at klagerens tilbud ikke opfyldte krav 8, 25 og 31.

Klagenævnet finder, at indklagede ikke har løftet sin bevisbyrde for, at indklagede – såfremt erkendelsen af, at tilbuddet fra Advice ikke var konditionsmæssigt, havde foreligget før kontraktindgåelsen – ville og lovligt kunne have annulleret udbuddet.

Da klageren herefter som den eneste konditionsmæssige tilbudsgiver ville have fået kontrakten tildelt, hvis indklagede ikke havde begået overtrædelsen i påstand 1, har klageren krav på erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse.

Klagerens opgørelse over sin »avance« indeholder en række usikkerhedsmomenter både for så vidt angår »indtægter« og »udgifter«, og klageren har ikke fremlagt præcise regnskabsmæssige oplysninger, fx om gennemsnitligt dækningsbidrag. Klagenævnet fastsætter derfor skønsmæssigt erstatningen til 800.000 kr.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra konsortiet Advice Digital A/S, Eksponent ApS og Kontrabande ApS i betragtning, uagtet dette tilbud ikke var konditionsmæssigt, idet det ikke opfyldte udbudsbetingelsernes minimumskrav vedrørende tidsplan og licenser.

Klagegebyret tilbagetales.

Indklagede, Kulturarvstyrelsen, skal til klageren, J.H. Schultz Information A/S, betale 800.000 kr. med procesrente fra den 17. juni 2009.

Indklagede skal i sagsomkostninger til klageren betale 60.000 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

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Helle Seidelin
kontorfuldmægtig