

K E N D E L S E

Magnus Informatik A/S
(Advokatfirmaet Bender, von Haller og Dragsted
ved specialkonsulent, cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen, København)

mod

Skat
(Kammeradvokaten ved advokatfuldmægtig Rasmus Holm Hansen)

Den 13. juli 2007 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen påstand 1 a – påstand 10. Klageren har med klageskrift af 17. august 2007 nedlagt påstande om erstatning. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 12. oktober 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 11

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 2.188.375 kr. – subsidiært et mindre beløb – med procesrente fra den 17. august 2007.

Påstand 12 (subsidiær i forhold til påstand 11)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 697.375 kr. - subsidiært et mindre beløb - med procesrente fra 17. august 2007.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 11 således:

Forventet omsætning:	2007	2.230.000	kr.
	2008	2.482.000	kr.
	2009	2.532.000	kr.
	2010	2.532.000	kr.
	I alt	9.776.000	kr.
Omkostninger:			
	2007	2.667.500	kr.
	2008	1.950.000	kr.
	2009	1.575.000	kr.
	2010	1.575.000	kr.
	I alt	7.767.500	kr.
Forventet omsætning i alt		9.776.000	kr.
Omkostninger i alt		7.767.500	kr.
Dækningsbidrag		2.008.500	kr.
Interne omkostninger til juridisk bistand ved klagesagen		179.875	kr.
		2.188.375	kr.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 12 således:

Interne udgifter (anvendte timer):

	Timer	Beløb	
1. Overordnet ansvarlig	121	152.000	kr.
2. Redaktionschef	117	131.625	kr.
3. Regnskabschef	24,5	18.375	kr.
4. Kundechef	102	76.500	kr.
5. Udviklingschef	64	48.000	kr.
6. Administration, korrektur m.v.	45,5	15.925	kr.
I alt		442.425	kr.

Eksterne udgifter:

a. Konsulenthjælp	tilbudsfase, IT-rådgivningsfirmaet Execon	83.000	kr.
b. Trykudgifter		4.000	kr.

c. Juridisk bistand tilbudsfasen, Advokatfirmaet Bender, von Haller og Dragsted	62.950 kr.
d. Juridisk bistand klagesagen, Advokatfirmaet Bender, von Haller og Dragsted	225.000 kr.
I alt	374.950 kr.
Tilkendte omkostninger ved Klagenævnet for Udbud	120.000 kr.
	254.950 kr.
Interne omkostninger	442.425 kr.
Eksterne omkostninger	254.950 kr.
	697.375 kr.

Indklagede har oplyst, at indklagede agter at gennemføre et nyt udbud og at opsige kontrakten med Forlaget Thomson A/S på grundlag af en opsigelsesbestemmelse i kontrakten, og at det tilsigtes, at den nye kontrakt kan træde i kraft samtidig med, at kontrakten med Forlaget Thomson A/S ophører.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 13. juli 2007 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Påstand 1 a

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, ved ikke i udbudsbetingelserne at fastsætte en relativ vægtning af de fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, uagtet indklagede have kunne foretage en sådan vægtning.

Påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelserne at have fastsat følgende underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, uden i udbudsbetingelserne at oplyse, hvilke oplysninger i tilbudene indklagede ville lægge vægt på ved vurderingen af tilbudene på grundlag af disse underkriterier:

- A. Funktionalitetsopfyldelse
- C. Faglig kvalitet

- D. Leveringstid
- E. Tilbudsgivers erfaring med lignende leverancer
- F. Tilbudsgivers support og Hotline.

Påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 24, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at tilbudsgiverne har mulighed for at afgive alternative tilbud, uagtet det i udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at alternative tilbud ikke ville blive taget i betragtning.

Spørgsmål 9

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke i udbudsbekendtgørelsen på fyldestgørende måde at beskrive de ydelser, som udbudet vedrører, og de kontrakter, som skulle indgås på grundlag af udbudet, idet indklagede i udbudsbekendtgørelsen alene anførte: »Rammeaftale om levering af elektroniske lovsamlinger« og »SKAT udbyder en rammeaftale for levering og implementering af elektroniske lovsamlinger«, uagtet der på grundlag af udbudet skulle indgås dels en »Licenskontrakt«, dels højst 5 »Rammekontrakter«.

Spørgsmål 10

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have fastsat underkriterium »E. Tilbudsgivers erfaring med lignende leverancer«, uagtet dette kriterium efter sin beskaffenhed er et udvælgelseskriterium, som kan anvendes i forbindelse med prækvalifikationen af de virksomheder, der skal have mulighed for at afgive tilbud, og uagtet dette kriterium efter sit indhold og under hensyn til beskaffenheden af den ydelse, som udbudet vedrører, ikke er egnet til tillige at fungere som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Parternes anbringender:

Ad erstatningsgrundlaget

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved overtrædelserne af EU-udbudsreglerne anført i påstand 1 a, påstand 2, påstand 5, spørgsmål 9 og spørgsmål 10 har handlet på en sådan måde, at indklagede efter de alminde-

lige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten. Klageren har nærmere anført, at indklagede i betragtning af, at indklagede er en ressourcestærk offentlig myndighed, under udbudet har handlet usædvanligt uprofessionelt.

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

Ad erstatningskravet:

Klageren har vedrørende den principale påstand 11 gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om det udbudte indkøb, og at klageren derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren har nærmere anført, at klagerens tilbud opfyldte kravene i udbudsbetingelserne, at Forlaget Thomson A/S havde afgivet et tilbud, som ikke opfyldte udbudsbetingelserne, og at indklagede derfor var forpligtet til at afvise dette tilbud, at tilbudet fra J.H. Schultz Information A/S ikke opfyldte udbudsbetingelserne, og at indklagede derfor også var forpligtet til at afvise dette tilbud, at klagerens tilbud således var det eneste tilbud, der opfyldte udbudsbetingelserne, samt at indklagede derfor ved en korrekt gennemført udbudsprocedure ville have besluttet at indgå kontrakt med klageren. Klageren har særligt vedrørende sit eget tilbud anført, at klageren som den eneste tilbudsgiver fyldestgørende og professionelt havde analyseret de omfattende minimumskrav i udbudsbetingelserne og forholdt sig til de ændringer, tilpasninger m.v., som en opfyldelse af udbudsbetingelserne ville kræve i forhold til klagerens eksisterende standardløsning. Klageren har specielt vedrørende tilbudet fra Forlaget Thomson A/S henvist til, at Klagenævnet i kendelsen af 13. juli 2007 om dette tilbud udtaler følgende: »at klageren over for Klagenævnet har kunnet redegøre for og dokumentere eksempler på, at den ydelse, som Forlaget Thomsen A/S på nuværende tidspunkt har leveret til indklagede på grundlag af den indgåede »Licenskontrakt«, på en række punkter ikke opfylder de fastsatte minimumskrav til basisydelser«. Klageren har særligt vedrørende tilbudet fra J.H. Schultz Information A/S anført, at det er usandsynligt, at denne tilbudsgiver – uanset at denne tilbudsgiver efter tilbudet opfyldte alle minimumskrav – inden for

den fastsatte frist kunne levere en løsning, som kunne opfylde de omfattende og byrdefulde minimumskrav i kravsspecifikationen i udbudsbetingelserne. Klageren har herved henvist til, at J.H. Schultz Information A/S i sit tilbud anfører, at den tilbudte løsning er et webbaseret standardprodukt udviklet specielt til lovinformation i forbindelse med offentlig sagsbehandling og således ikke et system, som kunne opfylde de krav, der var fastsat for den udbudte ydelse, hvilket måtte have stået indklagede klart. Klageren har videre gjort gældende, at det ikke skal komme klageren til skade, at kravsspecifikationen i udbudsbetingelserne indeholdt omfattende og byrdefulde krav, som indklagede – i modsætning til klageren – ikke kunne gennemskue rækkevidden af. Vedrørende indklagedes vurdering af tilbudene har klageren gjort gældende, at indklagedes vurdering af tilbudene ikke er sket på et grundlag, som tilbudsgiverne måtte kunne ventes. Som fastslået i Klagenævnets kendelse af 13. juli 2007 var det ikke i udbudsbetingelserne beskrevet, hvilke oplysninger der ville blive lagt vægt på vedrørende underkriterierne A, C, D, E og F, ligesom det udbudsretligt er meningsløst at foretage en vurdering af tilbudene på grundlag af underkriterium »B. Pris«, når de 3 tilbud ikke indeholder sammenlignelige ydelser. Klageren har yderligere på den ene side gjort gældende, at der under det aktuelle udbud, bl.a. på grund af de store forskelle i pris, forelå sådanne særlige omstændigheder, at indklagede undtagelsesvist havde pligt til at iværksætte særlige undersøgelser med henblik på at kontrollere, at tilbudene ikke blot efter deres eget indhold opfyldte kravene i udbudsbetingelserne, men at også at den ydelse, som fremgik af tilbudene, og som tilbudsgiverne efterfølgende ville levere, opfyldte kravene i udbudsbetingelserne. Klageren har endvidere på den anden side gjort gældende, at situationer derimod ikke for indklagede var således, at indklagede var berettiget til at annullere udbudet. Klageren har sammenfattende gjort gældende, at der i de foreliggende oplysninger er fuldt tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at tilbudet fra klageren under et korrekt gennemført udbud utvivlsomt ville være vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, således at klageren ville have fået kontrakten.

Klageren har vedrørende den subsidiaire påstand 12 gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab som følge af de forgæves 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 erstatningskravets størrelse bl.a. skyldes klagerens tidsforbrug i forbindelse med de ændringer og individuelle tilpasninger m.v. af klagerens informationssystem, som kravsspecifikationen i udbudsbetingelserne nødvendiggjorde, samt at klageren måtte anvende højt placerede medarbejdere, da den udbudte ydelse lå inden for klagerens kerneforretningsområde.

Indklagede har vedrørende både påstand 11 og påstand 12, gjort gældende, at det af forarbejderne til § 6, stk. 3, i lov om Klagenævnet for Udbud fremgår, at erstatning for overtrædelse af EU-udbudsreglerne skal gives i henhold til dansk rets almindelige regler om grundlaget for erstatning og om beregningen af erstatningen, og at der således ikke er adgang for Klagenævnet for Udbud og for domstolene til ved afgørelsen af, om de foreligger erstatningsgrundlag, og om betingelserne for på grundlag af en konstateret erstatningspådragende adfærd at tilkende erstatning er opfyldt, at inddrage præventive hensyn.

Indklagede har vedrørende den principale påstand 11 gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren ville have fået kontrakten, hvis der ikke under udbudet var begået de ansvarspådragende fejl, og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse. Indklagede har herved henvist til, at alle 3 tilbudsgivere i deres tilbud havde anført, at samtlige minimumskrav var opfyldt, og at indklagede ikke under udbudet hverken havde pligt til eller anledning til at kontrollere, at tilbudsgiverne, hvis der blev indgået kontrakt med dem, kunne opfylde minimumskravene. Indklagede har videre anført, at indklagede - hvis indklagede under vurderingen af tilbudene var kommet til det resultat, at tilbudene fra Forlaget Thomson A/S og J.H. Schultz Information A/S ikke opfyldte udbudsbetingelserne – ville have annulleret udbudet, idet indklagede havde en saglig grund hertil, bl.a. fordi der herefter ikke var en tilstrækkelig konkurrence i forbindelse med indgåelsen af kontrakten.

Indklagede har størrelsesmæssigt bestridt klagerens opgørelse af erstatningskravet i påstand 11.

Indklagede har vedrørende den subsidiære påstand 12 gjort gældende, at betingelserne for at give erstatning efter reglerne om negativ kontraktsinteresse ikke er opfyldt. Indklagede har i første række gjort gældende, at der ikke er nogen årsagssammenhæng mellem indklages ansvarspådragende ad-

færd og det tab, som klageren har haft ved at udarbejde sit tilbud, idet klageren ikke har godtgjort, at klageren ikke ville have afgivet tilbud, såfremt indklagede havde overholdt udbudsreglerne, og de konstaterede fejl ikke var begået. Indklagede har i anden række gjort gældende, at klageren ikke har opfyldt sin tabsbegrænsningspligt, idet klageren, da det på et tidligt tidspunkt under udbudet stod klageren klart, at udbudet ville blive gennemført på en måde, som indebar en tilsidesættelse af udbudsreglerne som anført i Klagenævnets kendelse af 13. juli 2007, skulle have afstået fra at udarbejde og afgive tilbud og dermed undgået at afholde forgæves udgifter. Indklagede har i tredje række gjort gældende, at der ikke er årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende adfærd og klagerens tab, da det på et tidligt tidspunkt stod klageren klart, at udbudet ville blive gennemført i strid med EU-udbudsregler, således at klagerens udgifter efter dette tidspunkt ikke er forårsaget af den ansvarspådragende adfærd.

Indklagede har størrelsesmæssigt bestridt klagerens opgørelse af erstatningskravet i påstand 12.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Klagenævnet tiltræder, at de overtrædelser af EU-udbudsreglerne, som Klagenævnet har konstateret ad påstand 1 a, påstand 2, påstand 5, spørgsmål 9 og spørgsmål 10, indebærer, at indklagede er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Gorm K. Elikofer og Niels Henriksen udtaler herefter:

Efter det oplyste om det tekniske indhold af klagerens tilbud ville en professionel og kvalificeret vurdering af dette tilbud i forhold til udbudsbetingelserne have ført til, at indklagede ville have konstateret, at tilbudet fra klageren kunne forventes at opfylde de meget specificerede funktionskrav i udbudsbetingelserne. Efter det oplyste om det tekniske indhold af tilbudet

fra Forlaget Thomson A/S ville en professionel og kvalificeret vurdering af dette tilbud i forhold til udbudsbetingelserne have ført til, at indklagede ville have konstateret, at tilbudet fra Forlaget Thomson A/S ikke kunne forventes at opfylde de meget specificerede funktionskrav i udbudsbetingelserne.

Der forelå i denne situation for indklagede 3 valgmuligheder: Indklagede kunne beslutte at indgå kontrakt med klageren, hvorved indklagede kunne forvente at få leveret en ydelse, som formentlig ville opfylde indklagedes krav til ydelsen. Indklagede kunne lovligt beslutte at annullere udbudet med henblik på under et senere udbud på grundlag af mere egnede udbudsbetingelser at få et bedre grundlag for at indgå kontrakt om den ønskede ydelse.. Indklagede kunne beslutte at indgå kontrakt med Forlaget Thomson A/S, hvorved indklagede nok ville få en billig løsning, men til gengæld få en løsning, som med sikkerhed ikke kunne opfylde funktionskravene i udbudsbetingelserne.

Indklagede valgte hverken den første mulighed eller den anden mulighed, som begge kunne føre til, at indklagede fik indgået en kontrakt egnet til at dække indklagedes ønsker, men indklagede valgte i stedet at indgå kontrakt med Forlaget Thomson A/S. Indklagede har ved dette bevidste valg handlet ansvarspådragende over for klageren og herved forårsaget, at klageren ikke fik kontrakten. Klageren har derfor krav på at få dækket sit tab efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse. På baggrund af klagerens beregninger af sit tab fastsættes erstatningen skønsmæssigt til 1.500.000 kr.

Carsten Haubek udtaler herefter:

Efter det oplyste om det tekniske indhold af klagerens tilbud sammenholdt oplysningerne om det tekniske indhold af de to andre tilbud og den betydelige prisforskel, der var mellem klagerens tilbud og de 2 andre tilbud, lægger dette medlem til grund, at indklagede, hvis der var blevet gennemført en professionel og kvalificeret vurdering af de 3 tilbud i forhold til udbudsbetingelserne, var blevet klar over, at udbudsbetingelserne ikke var egnede til at danne grundlag for en forsvarlig vurdering af de 3 meget forskellige tilbud, bl.a. fordi de 3 tilbudsgivere havde opfattet kravene i udbudsbetingelserne helt forskelligt, og at det iværksatte udbud dermed ikke var egnet til at give indklagede – som en økonomisk ansvarlig offentlig myndighed – et forsvarligt grundlag for at indgå en kontrakt. Dette medlem lægger derfor til

grund, at indklagede efter en professionel og kvalificeret vurdering af tilbudene havde haft en saglig grund til at annullere udbudet. Det følger at dansk rets almindelige erstatningsregler, at klageren således ikke har ført bevis for, at der ved indklagedes ansvarspådragende adfærd er påført klageren et tab opgjort som positiv opfyldelsesinteresse.

Der skal herefter tages stilling til, om de forgæves afholdte omkostninger, som klageren har haft i forbindelse med afgivelsen af sit tilbud under udbudet, er opstået som en følge af et eller flere af de ansvarspådragende forhold, eller dette ikke er tilfældet, fordi klageren under alle omstændigheder ville have afgivet tilbud på den pågældende ydelse, som ligger inden for kerneområdet i klagerens forretningsvirksomhed.

Da klageren traf beslutning om at afgive tilbud under udbudet, var klageren bekendt med, at der formentlig forelå en overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, som anført i påstand 1 a, idet klageren måtte antage, at indklagede kunne have foretaget en vægtning af underkriterierne i udbudsbetingelserne. Klageren valgte uanset denne formentlige fejl at afgive tilbud, og den ansvarspådragende fejl beskrevet i påstand 1 a har derfor ikke forårsaget, at klageren har lidt et tab ved at have afholdt forgæves udgifter til udarbejdelse af et tilbud.

Da klageren traf beslutning om at afgive tilbud under udbudet, var klageren bekendt med, at der forelå en overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 24, stk. 2, som anført i påstand 5. Klageren valgte uanset denne fejl at afgive tilbud, og den ansvarspådragende fejl beskrevet i påstand 5 har derfor ikke forårsaget, at klageren har lidt et tab ved at have afholdt forgæves udgifter til udarbejdelse af et tilbud.

Da klageren traf beslutning om at afgive tilbud under udbudet, havde klageren mulighed for at være opmærksom på, at der ikke som anført i spørgsmål 9 var en fyldestgørende beskrivelse af den ydelse, som udbudet vedrørte. Klageren valgte uanset denne uklarhed at afgive tilbud, formentlig fordi klageren kunne gennemskue, havde der lå bag den uklare formulering, og den ansvarspådragende fejl beskrevet i spørgsmål 9 har derfor ikke forårsaget, at klageren har haft et tab ved at have afholdt forgæves udgifter til udarbejdelse af et tilbud.

Da klageren traf beslutning om at afgive tilbud under udbudet, havde klageren mulighed for at være bekendt med, at der var en fejl i udformningen af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« som anført i spørgsmål 10. Klageren valgte uanset denne fejl at afgive tilbud, og den ansvarspådragende fejl beskrevet i spørgsmål 10 har derfor ikke forårsaget, at klageren har lidt et tab ved at afholde forgæves udgifter til udarbejdelse af et tilbud.

Da klageren traf beslutning om at afgive tilbud under udbudet, havde klageren mulighed for at være bekendt med, at det ikke som anført i påstand 2 i udbudsbetingelserne var præciseret, hvilke oplysninger i tilbudene indklagede ville lægge vægt på ved vurderingen af tilbudene. Klagenævnet lægger imidlertid til grund, at klageren, da klageren besluttede at afgive tilbud, gik ud fra – og havde grund til at gå ud fra – at indklagede trods denne mangel ved udbudsbetingelserne ville og kunne gennemføre en professionel og forsvarlig vurdering af tilbudene, som indebar, at udbudet gav grundlag for at tage stilling til, hvem der skulle indgås kontrakt med. Det viste sig imidlertid som anført i Klagenævnets kendelse af 13. juli 2007 ikke at være tilfældet, idet indklagede ikke gennemførte en professionel og forsvarlig gennemgang af tilbudene. Da klageren ikke ville have afgivet tilbud, hvis klageren på forhånd havde været bekendt hermed, har overtrædelsen anført i påstand 2 påført klageren et tab vedrørende forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af sit tilbud.

Efter det oplyste lægger dette medlem ved fastsættelsen af erstatningen til grund, at klageren udarbejdede sit tilbud på grundlag af en professionel og velbegrunderet opfattelse af udbudsbetingelserne, som de var, og at klageren på denne baggrund under udarbejdelsen af tilbudet på den udbudte ydelse, som lå inden for klagerens forretningsmæssige kerneområde, med god grund både anvendte betydelige interne ressourcer i form af kvalificerede medarbejdere og supplerede med nødvendig ekstern bistand til at udarbejde et kvalificeret tilbud. Det bemærkes, at der ikke kan gives erstatning for udgiften »Eksterne udgifter – post d«. Dette medlem stemmer herefter for at fastsætte erstatningen til 500.000 kr.

Der afsiges kendelse efter stemmeflertallet.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Skat, skal til klageren, Magnus Informatik A/S, betale 1.500.000 kr. med procesrente fra den 17. august 2007.

Indklagedes skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 25.000 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