

K E N D E L S E

SIM Lægekørsel I/S  
(advokat Henning Biil, København)

mod

Region Syddanmark  
(advokat Jens Bødtcher-Hansen, København)

Den 25. februar 2016 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende påstand 1-4 i sagen. Denne kendelse vedrører den erstatningspåstand, som SIM Lægekørsel I/S har nedlagt ved klageskrift af 10. marts 2016. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

SIM Lægekørsel I/S (herefter SIM) har nedlagt følgende påstand:

Påstand 5

Region Syddanmark tilpligtes til SIM at betale 11.018.048 kr. med procesrente fra den 10. marts 2016.

SIM har opgjort sit krav, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse, således:

1.	Ansattes 3 G-dage	55.176 kr.
2.	Ansattes fratrædelsesgodtgørelse	65.000 kr.
3.	Bilers lejeperiode	189.000 kr.
4.	Vægtafgift	33.250 kr.
5.	Forsikring	46.655 kr.
6.	Afmeldinger af bil	2.100 kr.

7. Salg af biler (tab)	510.000	kr.
8. Tabt fortjeneste.	401.054	kr.
9. Destruktion af uniformer	45.500	kr.
10. Rotation af dæk (afleveres med sommerdæk)	9.000	kr.
11. Afvikling af kontor og værksted	36.000	kr.
I alt, tab ved uberettiget ophør af kontrakt	1.392.735	kr.
12. Tabt indtjening for 2 år uberettiget mistet kontrakt	9.625.313	kr.
I alt	11.018.048	kr.

Region Syddanmark har påstået frifindelse.

Regionen har bestridt såvel erstatningspligten som en del af posterne størrelsesmæssigt.

#### Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 25. februar 2016 konstaterede klagenævnet, at Region Syddanmark under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

#### Ad påstand 1

Region Syddanmark har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at acceptere tilbuddet fra DanTaxi Administration A/S, uagtet at SIM Lægekørsel A/S afgav tilbuddet med den laveste pris.

#### Ad påstand 4

Region Syddanmarks beslutning af 17. november 2015 om at tildele kontrakten til DanTaxi Administration A/S annulleres.

SIM har gjort gældende, at Region Syddanmark ved den pågældende overtrædelse af udbudsreglerne har handlet på en sådan måde, at regionen efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for SIM, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbud uden at få kontrakten. Da SIMs tilbud ubestridt var det billigste, konditionsmæssige tilbud, og SIM således skulle være tildelt kontrakten, er regionen forpligtet til at betale erstatning til SIM efter princippet om positiv opfyldelsesinteresse.

SIM har nærmere gjort gældende, at der ikke foreligger sådanne særegne omstændigheder, at det fornødne ansvarsgrundlag ikke er til stede. Regio-

nen har ved inddragelsen af det ulovlige kriterium henholdt sig til udtalelserne fra Færdselsstyrelsen og Konkurrencestyrelsen. Udtalelserne fra de to styrelser er alene af vejledende karakter, og det er alene regionens ansvar at sikre, at de udbudsretlige regler overholdes, og at der ikke iagttages usaglige hensyn.

I forbindelse med klagenævnets behandling af den tidligere sag mellem Dansk Taxi Råd og Region Sjælland blev der indhentet en udtalelse fra Færdselsstyrelsen af 24. april 2008 (ligeledes omtalt i kendelsen af 25. februar 2016). Udtalelsen blev indhentet før klagenævnets kendelse af 6. november 2008. Allerede i sin udtalelse fra april 2008 indlagde Færdselsstyrelsen en klar forudsætning om forrang for personer med taxibevilling uden nærmere at understøtte forudsætningen i hverken loven eller forarbejderne til loven. På trods af udtalelsen fra Færdselsstyrelsen indlagde klagenævnet ikke denne forudsætning i sin afgørelse, hvilket havde været naturligt, såfremt klagenævnet havde anset forudsætningen for at være korrekt. Klagenævnet anførte i sin kendelse, at tilbudsgivere med limousinebevilling opfyldte alle krav i lovgivningen om taxikørsel. I sagen sidestillede klagenævnet altså SIMs limousinebevilling med taxibevillinger.

Region Syddanmark kunne i den nu foreliggende sag uden at handle i strid med forvaltningsretlige principper have støttet sig til kendelsen af 6. november 2008 i stedet for de vejledende udtalelser. Det ændrer heller ikke ved regionens ansvar, at man forud for tildelingen af kontrakten på ny rettede henvendelse til Trafik- og Byggestyrelsen (tidligere Færdselsstyrelsen).

Ved ikke at følge gældende praksis fra Klagenævnet for Udbud påtog Region Syddanmark sig risikoen og ansvaret for, at de vejledende udtalelser i strid med klagenævnets praksis var korrekte. Regionen kan ikke i den forbindelse påberåbe sig undskyldelig retsvildfarelse til støtte for sit anbringende om god tro. Vilkåret om forrang i udbudsbetingelserne viste sig efterfølgende at være usagligt og i strid med de udbudsretlige principper, hvilket regionen er nærmest til at bære risikoen for.

Region Syddanmark har gjort gældende, at de pågældende overtrædelser af udbudsreglerne ikke indebærer, at regionen efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for SIM.

Regionen har således overordnet gjort gældende, at der ikke foreligger det fornødne ansvarsgrundlag, idet regionen i forbindelse med udformningen af udbudsmaterialet og senere ved tildelingsbeslutningen handlede i god tro. Regionen havde således en berettiget forventning om, at vilkåret om, at tilbudsgivere med taxibevilling har forrang, var i overensstemmelse med gældende lovgivning. Regionen anerkender, at det forhold, at klagenævnet har annulleret en tildelingsbeslutning, sædvanligvis indebærer, at ordregiveren er erstatningsansvarlig. Vurderingen af, om der foreligger et ansvarsgrundlag, må imidlertid afhænge af karakteren af overtrædelsen, jf. principperne i UfR 2007, side 3124 H, og UfR 2013, side 2361 H.

I denne sag er der tale om særegne forhold, som medfører, at der ikke er tale om en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse. Bl.a. havde regionen udarbejdet udbudsbetingelserne i tillid til den vejledende udtalelse om den korrekte forståelse af lovgivningen fra Trafik- og Byggestyrelsen, som er den ansvarlige ressortmyndighed i forhold til taxalovgivningen, ligesom regionen havde fulgt den vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om, hvordan man som ordregiver bør forholde sig i forbindelse med udbud af vagtlægekørsel. Desuden handlede regionen i overensstemmelse med en langvarig og udbredt praksis på området, en praksis, som ikke tidligere er blevet udfordret. Endelig havde regionen – for at fjerne enhver tvivl forud for tildeling af kontrakten – fået bekræftet fra Trafik- og Byggestyrelsen, at den nævnte udtalelse fortsat var udtryk for gældende ret.

Regionens henvendelse til Trafik- og Byggestyrelsen var begrundet i det forhold, at vilkåret om forrang indebar, at regionen var nødsaget til at tildele kontrakten til en anden tilbudsgiver end den, som havde afgivet det laveste tilbud. Den forrangsbestemmelse, der fulgte af taxalovgivningen, var således ikke i regionens interesse. Havde regionen valgt at bortse fra de klare og utvetydige udmeldinger fra såvel Trafik- og Byggestyrelsen som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om fortolkningen af taxalovgivningen og betydningen heraf for tildelingen af kontrakter om lægevagtskørsel, ville regionen handle i direkte modstrid med, hvad der (på daværende tidspunkt ubestridt) var udlagt som gældende lovgivning. Det ville være meget vidtgående, hvis en ordregiver i en sådan situation skulle sidde de sektoransvarlige myndigheders udlægning af gældende ret overhørig udelukkende med det formål at tjene sine egne økonomiske interesser og dermed på kanten af, hvis ikke i direkte strid med de forvaltningsretlige grundprincipper.

Regionen handlede som følge heraf i god tro og forfulgte ved at medtage vilkåret om forrang i udbudsbetingelserne ikke usaglige formål. Der er således i denne sag ikke tale om en kvalificeret, forsætlig eller grov overtrædelse af udbudsreglerne, men om en undskyldelig retsvildfarelse baseret på vejledende udtalelser fra ressortmyndighederne for henholdsvis taxalovgivningen og udbudsreglerne og i tråd med en alment udbredt praksis.

Regionen bestrider derfor, at der er fornødent ansvarsgrundlag.

Ad erstatningskravet, herunder årsagssammenhæng:

SIM har gjort gældende, at virksomheden, hvis Region Syddanmark ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået den udbudte kontrakt, og at virksomheden derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

SIM har nærmere anført, at baggrunden for, at SIM ikke fik tildelt kontrakten, alene var det ulovlige kriterium, der foreskrev, at tilbudsgivere med taxabevilling havde forrang. Såfremt kriteriet ikke havde været medtaget i udbudsbetingelserne, ville SIM have vundet udbuddet og fået tildelt kontrakten.

Såfremt regionens argumentation lægges til grund, ville det medføre, at ingen tilbudsgivere kunne opnå erstatning i de tilfælde, hvor en ordregiver i strid med udbudsreglerne tildeler en kontrakt til tredjemand. Dermed ville muligheden for erstatning efter § 14 i Lov om Klagenævnet for Udbud i store træk blive illusorisk.

Det afgørende i forhold til erstatningskravet og årsagssammenhængen er, at SIM ville have fået tildelt kontrakten, såfremt regionen ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne, da det er dokumenteret, at SIM indleverede tilbuddet med den laveste pris.

Det kan ikke komme SIM til skade, at andre potentielle tilbudsgivere har valgt ikke at afgive tilbud. Klagenævnet må under sin behandling af erstatningsspørgsmålet lægge de reelle forhold til grund, hvorefter der var 3 tilbudsgivere, der havde indleveret konditionsmæssige tilbud, og klagenævnet må lægge til grund, at alle tilbudsgiverne er fremkommet med det bedst mu-

lige tilbud ud fra kriteriet om laveste pris. En ændring af vilkårene kan altså ikke antages at have medført ændringer i de afgivne tilbud.

Region Syddanmark har tildelt kontrakten til DanTaxi Administration A/S, og regionen kan ikke under en efterfølgende erstatningssag gøre gældende, at regionen ville have annulleret udbuddet, såfremt den havde haft kendskab til, at vilkåret var i strid med de udbudsretlige regler, jf. klagenævnets kendelse af 20. august 2004, Miri Stål A/S mod Esbjerg Kommune. Udbuddet er ikke blevet annulleret, og regionen kan derfor ikke komme igennem med et synspunkt om, at SIM ikke kan gøre et krav om positiv opfyldelsesinteresse gældende. Rettens dom af 28. januar 2016 i sag T-570/13, Agriconsulting Europe SA, Bruxelles (Belgien) mod Europa-Kommissionen, om bl.a. manglende kontraheringspligt ændrer ikke herved.

Der foreligger således den fornødne årsagssammenhæng mellem regionens overtrædelse af udbudsreglerne og det påståede tab.

SIM har heller ikke udvist egen skyld. Region Syddanmark har gennem flere år fulgt en praksis, som klagenævnet nu har fastslået er i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, jf. udbudsdirektivet artikel 2. Region Syddanmark kan ikke skubbe ansvaret for sin egen tilsidesættelse af udbudsreglerne over på SIM, ligesom SIM ikke kan fratages muligheden for at få erstatning, fordi SIM ikke tidligere har klaget over vilkåret. Regionens praksis om brug af forrangsprincippet igennem flere år er ikke blevet lovliggjort, blot fordi ingen har klaget.

Region Syddanmark har gjort gældende, at SIM ikke har ført bevis for, at virksomheden, hvis regionen ikke havde fastsat det ulovlige vilkår, ville have fået kontrakten, og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse.

Regionen har nærmere anført, at det må antages, at konkurrencen ville have været anderledes, såfremt det ulovlige vilkår ikke indgik i betingelserne. Udbuddets vilkår om, at tilbudsgivere med taxibevilling har forrang for tilbudsgivere med en limousinetilladelse, har formentlig betydet, at potentielle tilbudsgivere med en limousinetilladelse har undladt at afgive tilbud på kontrakten, ligesom det må forventes, at tilbudsgivere med en taxibevilling ville have tilbudt lavere priser, såfremt man ikke havde forrang frem for tilbudsgivere med en limousinebevilling, idet tilbudsgivere med en limousi-

nebevilling ofte har lavere priser. Allerede af den grund kan SIM ikke få tilkendt positiv opfyldelsesinteresse.

Regionen har desuden gjort gældende, at der ikke er den fornødne årsags-sammenhæng mellem den skadegørende handling og de påståede tab, idet udbuddet aldrig kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning på grund af det ulovlige vilkår. Regionen ville derfor være forpligtet til at annullere udbuddet som følge af manglerne i udbudsbetingelserne.

Regionen har i den forbindelse henvist til Rettens dom af 28. januar 2016 i sag T-570/13, Agriconsulting Europe SA, Bruxelles (Belgien) mod Europa-Kommissionen, om bl.a. manglende kontraheringspligt sammenholdt med, at det må forventes, at Regionsrådet træffer beslutning om at opsigte aftalen med DanTaxi Administration A/S og at genudbyde kontrakten hurtigst muligt.

Regionen har tillige gjort gældende, at SIM ved ikke – hverken under dette eller tidligere udbud – at gøre indsigelser mod vilkåret om forrang for taxier har udvist en så væsentlig grad af passivitet, at der bør lægges vægt på egen skyldsbetragtninger i forbindelse med fastlæggelsen af en eventuel erstatning.

Regionen har nærmere anført, at SIM siden 2009, hvor Færdselsstyrelsen kom med sin vejledende udtalelse, har accepteret, at vilkåret om forrang for tilbudsgivere med taxabevilling har været en del af udbudsmaterialet i såvel dette som tidligere udbud, som SIM har deltaget i, uden at gøre opmærksom på, at dette vilkår var ulovligt, f.eks. ved at stille spørgsmål herom i forbindelse med tidligere eller denne udbudsproces. Det er derfor hverken grundlag for erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktinteresse, jf. princippet i klagenævnets afgørelse i bl.a. kendelse af 16. februar 2012, Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland, og klagenævnets kendelse af 10. december 2012, Marius Pedersen mod Aalborg Kommune, Forsyningsvirksomhederne, Renovationsvæsenet.

Parternes anbringender vedrørende de enkelte poster i kravet gengives ikke.

Klagenævnet udtaler:

### Ad erstatningsgrundlaget:

Det forhold, at Region Syddanmark ved fastsættelsen af det ulovlige vilkår har støttet sig på vejledninger fra de ressortansvarlige styrelser, fritager ikke regionen for erstatningsansvar over for SIM, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbuddet med den laveste pris, men som på grund af det ulovlige vilkår ikke fik tildelt kontrakten.

Regionen har således handlet ansvarspådragende over for SIM.

### Ad erstatningskravet:

Klagenævnet skal ved stillingtagen til de erstatningsretlige følger af den udbudsretlige overtrædelse anvende dansk rets almindelige regler for tilkendelse af erstatning.

Som fastslået er kravet om ”culpa” opfyldt.

Spørgsmålet er herefter, om betragtninger om årsagforbindelse og egen skyld kan føre til, at der ikke skal udmåles en erstatning.

En tilbudsgiver, der under et udbud bliver opmærksom på, at udbudsbetingelserne ikke er i overensstemmelse med udbudsreglerne, er på den ene side ikke forpligtet til at gøre ordregiveren opmærksom herpå, f.eks. under en spørgerunde.

Hvis uoverensstemmelsen mellem udbudsbetingelserne og udbudsreglerne medfører, at der ikke lovligt vil kunne indgås kontrakt på grundlag af udbudsbetingelserne, er tilbudsgiveren imidlertid på den anden side afskåret fra efter dansk rets almindelige erstatningsbetingelser om årsagsforbindelse at opnå erstatning. Samme resultat følger af betragtninger om tilbudsgiverens egen skyld ved på trods af den ulovlige betingelse at have afgivet tilbud.

Derimod vil overtrædelser, der vedrører evalueringen, som udgangspunkt kunne danne grundlag for tilkendelse af erstatning, hvis de øvrige betingelser herfor er opfyldt. Sådanne overtrædelser ville det typisk ikke være muligt for tilbudsgiveren at identificere før underretningen om tildelingsbeslutningen. Lov om Klagenævnet for Udbud § 14 er således ikke illusorisk.



Da vilkåret om forrang for tilbudsgivere med taxibevilling fører til, at der ikke lovligt ville kunne indgås kontrakt på grundlag af udbudsbetingelserne, tager klagenævnet Region Syddanmarks påstand om frifindelse til følge.

Herefter bestemmes:

Region Syddanmark frifindes.

SIM Lægekørsel I/S skal i sagsomkostninger til Region Syddanmark betale 20.000 kr.

Beløbet skal betales inden 14 dage efter, at denne afgørelse er meddelt parterne.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard  
fuldmægtig