

K E N D E L S E

Steria A/S

(advokat Torben Waage og advokat Jeppe Lefevre Olsen, København)

mod

SKAT

(Kammeradvokaten ved advokat Rasmus Holm Hansen og advokat Andreas Estrup Ippolito)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 027-043280 af 3. februar 2014 udbød SKAT (indklagede) som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en tjenesteydelse bestående af drift, support, vedligehold og funktionelle ændringer (videreudvikling) af Toldsegmentet. Det anføres i udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5), at ansvaret for den fulde drift, support, vedligehold og funktionelle ændringer (videreudvikling) i dag varetages af 2 leverandører, mens ansvaret for den fulde drift, support, vedligeholdelse og funktionelle ændringer (videreudvikling) med dette udbud skal samles hos én leverandør.

Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne »Pris« (40 %), »Kvalitet i overgangsydelser« (35 %) og »Kvalitet i øvrige ydelser« (25 %).

Indklagede prækvalificerede 5 virksomheder, heriblandt de to tidligere leverandører Steria A/S og CGI Danmark A/S, og modtog tilbud fra alle de prækvalificerede.

Den 8. juli 2014 meddelte indklagede Steria A/S, at indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med CGI Danmark A/S.

Klagenævnet har den 18. juli 2014 modtaget en klage fra Steria A/S (klageren).

Klageren har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Indklagede har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 8 og svarskrift med bilag A – L.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

»Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip og udbudsdirektivets artikel 2 ved bl.a. i udbudsmaterialets bilag 14a og bilag 14b at opstille tidsmæssige mindstekrav til gennemførelsen af transitionen, der giver CGI Danmark A/S en utilbørlig konkurrencefordel i forhold til øvrige tilbudsgivere.

Påstand 2:

Klagenævnet skal annullere indklagedes udbudsprocedure i sin helhed.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2):

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til CGI Danmark A/S.«

Andre oplysninger i sagen:

Klagen vedrører indklagedes udbud af en kontrakt om levering af forskellige IT-systemmæssige ydelser inden for Toldsegmentet. Toldsegmentet består af en række forretningssystemer og støtte-komponenter, som har til formål at sikre, at det er hurtigt og let for leverandører og transportører at

føre varer ind og ud af EU, samt at dette sker i henhold til gældende lovgivning.

Indklagede iværksatte første gang den 19. april 2013 et EU-udbud af den samlede kontrakt om drift, support, vedligeholdelse og funktionelle ændringer (videreudvikling) af Toldsegmentet. Udbuddet blev annulleret ved udbudsbekendtgørelse af 25. juni 2013. Efterfølgende blev udbuddet genoptaget. Kontrakten blev i forlængelse heraf den 16. januar 2014 tildelt CGI Danmark A/S, men indklagede annullerede udbuddet igen den 24. januar 2014 med henvisning til fejl i udbudsmaterialet. Både CGI Danmark A/S og klageren deltog i disse udbud.

Forud for de forskellige udbud er forretningssystemerne leveret, driftet, vedligeholdt, supporteret og videreudviklet af to leverandører, nemlig klageren og CGI Danmark A/S, således:

Klageren (svarende til ca. 80 % af Toldsegmentet):

Import

e-Export

NCTS

Risiko

Taric3

eVita

og en række mindre systemer

CGI Danmark A/S (svarende til ca. 20 % af Toldsegmentet):

ICS

Manifest

Den 30. juni 2014 underrettede indklagede de 5 deltagende virksomheder, herunder klageren og CGI Danmark A/S, om, at alle modtagne tilbud var ukonditionsmæssige, og at indklagede derfor overgik til udbud med forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, i det væsentligste med henblik på, at virksomhederne kunne overvinde deres respektive udfordringer med hensyn til konditionsmæssighed. Tilbudsfristen blev samtidig forlænget til den 7. juli 2014.

Alle 5 deltagende virksomheder afgav rettidige, konditionsmæssige tilbud under udbuddet med forhandling.

Af klagerens tilbud fremgår bl.a.:

»Steria har på grundlag af paraplyaftalen mellem SKAT og Steria haft ansvaret for at levere drift og vedligeholdelse af alle toldsystemer bortset fra ICS/Manifest. På den baggrund har Steria et stort domænekendskab og en betydelig erfaring med drift, vedligehold og videreudvikling af SKATs toldsystemer. Det er derfor en forholdsvis overkommelig opgave for Steria at gennemføre en Transition Ind af ICS/Manifest og dermed samle systemerne i et toldsegment.

Når Steria kan gennemføre en sikker Transition Ind af ICS/Manifest skyldes det bl.a., at Steria allerede har et godt kendskab til systemets arkitektur, grænseflader og drift:

Steria kender ICS/Manifest domænet forretningsmæssigt og teknisk fra projektet ICS-relaterede ændringer.

Steria kender systemets integrationsflader.

Steria integrerer allerede i dag med ICS/Manifest.

Connectivity og integration med ICS/Manifest er allerede implementeret og i drift hos Steria.

ICS/Manifest er bygget med basisprodukter og den SOA arkitektur, som Steria i forvejen vedligeholder og videreudvikler på andre toldsystemer. Steria har leveret, vedligeholder, supporterer og drifter den LXR platform, som ICS/Manifest anvender til EU kommunikation.«

Indklagede har i et indstillingsnotat af 8. juli 2014 evalueret tilbuddene således:

»

	CGI	CSC	Konsortiet ED	IBM	STERIA
Kvalitet i overgangsydelser					
Tilbudte Platform	Meget Tilfredsstillende 7,00	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 6,33	Mindre tilfredsstillende 2,67	Meget Tilfredsstillende 7,00	Meget Tilfredsstillende 7,00
Transition	Meget tilfredsstillende 6,62	Tilfredsstillende 5,39	Mindre tilfredsstillende 3,77	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 6,08	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 6,08
Test	Tilfredsstillende 4,97	Tilfredsstillende 4,74	Mellem »Tilfredsstillende« og »Mindre tilfredsstillende« 4,32	Tilfredsstillende 5,10	Mellem »Tilfredsstillende« og »Mindre tilfredsstillende« 4,45
Øvrige overgangsydelser	Mellem »Meget tilfredsstillende« 5,21	Tilfredsstillende 5,21	Mellem »Mindre tilfredsstillende« 4,32	Tilfredsstillende 5,10	Mellem »Meget tilfredsstillende« 6,08

	lende« og »Tilfredsstillende« 5,58		lende« og »Ikke tilfredsstillende« 2,21	4,96	fredsstillende« og »Tilfredsstillende« 5,75
Gennemsnit	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 6,04	Tilfredsstillende 5,42	Mindre tilfredsstillende 3,24	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 5,79	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 5,82
Vægtet med 35 %	2,11	1,90	1,13	2,03	2,03
Kvalitet i øvrige ydelser					
Drift	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 6,23	Tilfredsstillende 5,18	Tilfredsstillende 5,00	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 5,54	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 5,79
Vedligehold	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 5,62	Tilfredsstillende 5,12	Tilfredsstillende 5,04	Tilfredsstillende 5,27	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 5,62
Support	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 6,44	Tilfredsstillende 4,78	Tilfredsstillende 5,44	Meget tilfredsstillende 6,67	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 6,33
Optioner	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 5,56	Tilfredsstillende 5,06	Mindre tilfredsstillende 3,34	Tilfredsstillende 5,06	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 6,15
Proces, samarbejde og Styring	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 5,71	Tilfredsstillende 5,00	Tilfredsstillende 5,21	Tilfredsstillende 5,29	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 5,64
Gennemsnit	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 5,91	Tilfredsstillende 5,03	Tilfredsstillende 4,81	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 5,56	Mellem »Meget tilfredsstillende« og »Tilfredsstillende« 5,91
Vægtet med 25 %	1,48	1,26	1,20	1,39	1,48
Vurderingstek-	2,54	1,55	3,60	2,47	2,02

nisk pris (Skaleret og vægtet med 40 %)					
Samlet vurdering efter vægtning (ved anvendelse af støttekarakterer)	6,14	4,71	5,94	5,89	5,53
Der tages forbehold for afrunding af sidste decimal					

«

Nærmere om udbudsbetingelsernes krav til transition:

Under det udbud, der blev iværksat i 2013, krævede indklagede en samlet overtagelse (Transition Ind) af det komplette Toldsegment, dvs. at alle de ovenfor nævnte systemer skulle overdrages til én leverandør på én gang. Projektet (Transition Ind) skulle påbegyndes den 1. januar 2014 og være afsluttet senest den 1. oktober 2014. Transitionen skulle derfor gennemføres på 196 arbejdsdage.

Under det udbud, der blev iværksat den 3. februar 2014, krævede indklagede en faseopdelt overdragelse, således at ICS og Manifest systemerne, som hidtil var varetaget af CGI Danmark A/S, skulle overdrages først og derefter de øvrige systemer, som hidtil var varetaget af klageren. Indklagede har om baggrunden herfor anført:

»...

Som oplyst af klager var det i det første udbud i 2013 forudsat, at der skulle ske en samlet overtagelse af alle Toldsegmentets delsystemer på én gang/pr. samme overtagelsesdag. Dette var dog ikke længere muligt at fastholde, da indklagede iværksatte det begrænsede udbud i februar 2014. Dette skyldtes navnlig, at den nuværende aftale med CGI vedrørende ICS og Manifest-systemerne udløber 31. december 2014 uden en aftalebaseret mulighed for yderligere forlængelse, og det er ikke korrekt som antaget af klager, at aftalen med CGI indeholder en mulighed for forlængelse svarende til den, der er i aftalen med klager om de øvrige systemer. Indklagede vil derfor fra 31. december 2014 være uden driftsleverandør, hvis der ikke forinden er en ny aftale på plads.

I den forbindelse bemærkes, at udvikling af ICS og Manifest-systemerne er forankret i beslutningen om at indføre elektronisk overvågning og kontrol af punktafgiftspligtige varers bevægelser i EU, jf. Europa-Parlamentets og Rådets forordning nr. 648/2005/EF. En mang-

lende aftale vil bl.a. indebære, at det ikke vil være muligt at modtage de elektroniske forudanmeldelser, der kræves i EU-lovgivningen, og det vil derfor heller ikke være muligt at gennemføre den lovmæssigt påkrævede risikoanalyse af disse data, som hele sikkerheds- og sikringsdelen af ICS er bygget op omkring, og som er med til at sikre, at farlige varer, herunder sprængstoffer, narkotika m.v., ikke indføres til EU, jf. nærmere

Henset hertil samt det forhold, at der generelt er tale om systemer af vidtrækkende betydning for erhvervslivet og samfundet i øvrigt, er et scenarium, hvor indklagede står uden en driftsleverandør selv i en kortere periode, ikke acceptabelt.

På den baggrund blev transitionen inddelt i to faser/delovertagelser (»T1« og »T2«), således at den tid, der er til rådighed for overtagelsen af de enkelte delsystemer, udnyttes mest muligt. Alternativet - at afkorte transitionsperioden for samtlige systemer - ville have forøget risikoen forbundet med transitionen betydeligt og unødigt.

...«

I udbudsbetingelsernes bilag 14a og bilag 14b er fastsat, at overtagelse af ICS og Manifest systemerne skal ske senest den 22. november 2014 og overtagelse af øvrige toldsystemer tidligst den 15. januar 2015 og senest den 15. marts 2015. Disse overtagelsesdage blev fastholdt i forbindelse med overgangen til udbud med forhandling.

Med udgangspunkt i en (forventet/hypotetisk) kontraktindgåelse den 21. juli 2014 skulle overtagelsen af ICS og Manifest systemerne derfor gennemføres på 90 arbejdsdage, regnet fra den 21. juli 2014 til den 22. november 2014.

Klageren har udarbejdet en oversigt over nogle af de relevante tidsfrister og deres faktuelle betydning, hvoraf fremgår, at indklagede efter klagerens opfattelse lægger beslag på 65 af de 90 arbejdsdage således:

- review og godkendelse af testplaner og testcases = 10 arbejdsdage
- gennemførelse og rapportering af funktionel kravtest = 40 arbejdsdage
- review og godkendelse af testrapporter * 3 = 15 arbejdsdage

Da de 65 arbejdsdage skal være afsluttet senest d. 21. november 2014 for at overholde mindstekravet om overtagelse d. 22. november 2014, vil klageren

– og andre leverandører end CGI Danmark A/S – således efter klagerens opfattelse have 25 arbejdsdage til at overtage ICS og Manifest systemerne.

Indklagede er enig i, at den vindende tilbudsgiver under de angivne forudsætninger vil have 90 arbejdsdage til at overtage ICS og Manifest systemerne. Indklagede er ikke enig i, at indklagede skulle lægge beslag på 65 ud af de 90 arbejdsdage med kravene til godkendelse/review af testplaner og rapporter m.v. Til illustration heraf har indklagede udarbejdet en tidsplan, der viser, hvordan de aktiviteter, der er omfattet af fase »T1«, kan gennemføres. En ny leverandør kan efter indklagedes opfattelse gennemføre test på SIT/TKT parallelt med indklagedes funktionelle kravtest. Indklagede vil selv kunne gennemføre godkendelse af testrapport inden overtagelsestesten samtidig med den funktionelle kravtest. Endvidere fremgår, at f.eks. etablering af platform, infrastruktur og integration samt etablering af samarbejdsorganisation og opfyldelse af dokumentationskrav kan ske parallelt med testaktiviteterne.

Klageren har desuden udarbejdet et dokument, hvoraf det med udgangspunkt i udbudsbetingelsernes bilag 8 »Overgangsydelser« fremgår, hvilke aktiviteter den vindende tilbudsgiver efter klagerens opfattelse som minimum er ansvarlig for under Transition Ind, samt hvilke aktiviteter alle andre tilbudsgivere end CGI Danmark A/S skal gennemføre i fase »T1« inden for de 25, henholdsvis 90 dage.

Indklagede har bestridt, at klagerens opgørelse giver et retvisende billede af, hvilke af aktiviteterne i transitionen der skulle udføres i fase »T1«. Efter indklagedes opfattelse vil CGI Danmark A/S desuden også være belastet af transitionen i relation til f.eks. de ændrede krav til rapportering, den nye samarbejdsorganisation, der skal etableres, den udvidede support, som skal leveres »24/7« (hvor CGI Danmark A/S - modsat klageren – hidtil kun har skullet levere support i tidsrummet 8-16), sikring af overholdelse af nye servicemål, connectivity m.v. Efter indklagedes opfattelse har klageren således i sin opgørelse inkluderet en række aktiviteter, som først skal udføres/færdiggøres efter afslutningen af fase »T1«. Indklagede har illustreret dette i en tilsvarende oversigt.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har navnlig gjort gældende, at kombinationen af de fastsatte mindstekrav til tidsfrister samt de nødvendige ydelser, som alle andre tilbudsgivere end CGI Danmark A/S skal udføre i transitionens fase »T1«, dokumenterer den utilbørlige konkurrencefordel, som CGI Danmark A/S har i forhold til øvrige tilbudsgivere. CGI Danmark A/S skal som eksisterende leverandør af ICS og Manifest systemerne netop ikke forberede en overtagelse/transition. Alle andre leverandører end CGI Danmark A/S har med forløbet fået reduceret tiden til overtagelse af ICS og Manifest systemerne fra 196 dage til 90 dage (eller reelt til mindre end 25 dage).

Det følger af det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, at indklagede skal udligne de fordele, som den eksisterende leverandør har i forhold til andre tilbudsgivere, jf. præmis 76 i Rettens dom i T-345/03, *Evropaiki Dynamiki*.

Som påvist af klageren har CGI Danmark A/S som indklagedes nuværende leverandør haft utilbørlige konkurrencefordele ved ikke at skulle udføre en række opgaver i transitionen og dermed være den eneste leverandør, der kunne opfylde de fastlagte tidsmæssige mindstekrav til transitionen uden at skulle bruge ekstraordinært store ressourcer herpå og uden kommercielt at skulle håndtere en betydelig risiko for misligholdelse af kontrakten.

Indklagede kunne have mindsket og udlignet CGI Danmark A/S' fordele uden urimelige økonomiske omkostninger og uden at have tilsidesat CGI Danmark A/S' rettigheder ved

- at have bibeholdt en transitionsperiode på f.eks. de oprindelige 196 arbejdsdage i stedet for de nuværende 90 arbejdsdage, og/eller
- at have forudsat en transition med blot rimelig tid til gennemførelse uden at lægge beslag på mere end 70 % af transitionen til egne ydelser, og/eller
- i evalueringen at have set bort fra eller mindsket betydningen af opgaver, som alene andre leverandører end CGI Danmark A/S skal udføre, f.eks. ved at have fratrasket de øvrige leverandørers priser et skønsmæssigt overslag på overdragelsesomkostninger på ikke under 6 mio. kr. eller tillagt disse i CGI Danmark A/S' evalueringspris.

Indklagede har i første række gjort gældende, at CGI Danmark A/S ikke har haft en fordel som den eksisterende leverandør af ICS og Manifest syste-

merne, idet CGI Danmark A/S ligeledes skal gennemføre en transition af systemerne som beskrevet.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at en eventuel fordel for de eksisterende leverandører (både CGI Danmark A/S og klageren) ikke udgør et brud på ligebehandlingsprincippet. De(n) eksisterende leverandør(er) har i et hvilket som helst genudbud en vis fordel.

Indklagede har foretaget en lovlig og saglig evaluering af de indkomne tilbud. Udfaldet af evalueringen viste en relativt betydelig forskel på klageren og CGI Danmark A/S. Selv i tilfælde af, at indklagede skulle udligne en hypotetisk fordel ved at tillægge 6 mio. kr. til den vindende tilbudsgivers evalueringspris, vil tilbuddet fra CGI Danmark A/S stadig være vurderet bedre end tilbuddet fra klageren.

Klagerens synspunkter om, at udbudsbetingelsernes tidsplan for transitionen af ICS og Manifest systemerne på utilbørlig vis giver CGI Danmark A/S en fordel, har karakter af efterrationalisering. Klageren har i sit tilbud givet udtryk for det modsatte af, at CGI Danmark A/S vil være den eneste leverandør, der kunne opfylde indklagedes fastlagte tidsmæssige mindstekrav til transitionen uden at skulle bruge ekstraordinært store ressourcer på transitionen og uden kommercielt at skulle håndtere en betydelig risiko for misligholdelse af kontrakten.

At det har været en relativt enkel opgave, som det også er anført i klagerens tilbud, understøttes af, at klageren har afgivet tilbuddet med de laveste transitionsomkostninger; både samlet og på fase »T1« vedrørende overtagelsen af ICS og Manifest systemerne

Indklagede har som klageren henvist til Rettens dom i sagen T-345/03, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, men har modsat klageren fremhævet dommens præmisser 77-80. Det følger af dommen, at indklagede aldrig har været forpligtet til at fordyre projektet ved i sin prisevaluering at udligne de besparelser, som såvel CGI Danmark A/S som klageren var i stand til at tilbyde som følge af deres eksisterende aftaler med indklagede.

Det er efter indklagedes opfattelse tvivlsomt, om en sådan udligning overhovedet ville være i overensstemmelse med udbudsreglerne, som forudsætter, at ordregiveren tildeler kontrakten til enten tilbudsgiveren med den la-

veste pris eller det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I hvert fald må det have undtagelsens karakter og kræve, at udligningen er udmeldt på forhånd og nødvendiggjort af tungtvejende grunde. En sådan prismæssig udligning vil som udgangspunkt være i strid med almindelige forvaltningsretlige principper om en økonomisk anvendelse af offentlige midler.

Ad påstand 2 og 3

Klageren har gjort gældende, at overtrædelsen af det udbudsretlige ligebehandlingsprincip og udbudsdirektivets artikel 2 er så grov, at klagenævnet skal annullere indklagedes udbud, subsidiært skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til CGI Danmark A/S.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har overtrådt udbudsreglerne, og at påstand 2 og 3 derfor ikke kan tages til følge. Subsidiært har indklagede gjort gældende, at klageren hverken har påvist eller sandsynliggjort udbudsretlige overtrædelser af en karakter, der ud fra en konkret væsentlighedsvurdering kan føre til annulation af udbudsforretningen i sin helhed eller af tildelingsbeslutningen.

Indklagede har over for klagerens påstand 2 om annulation af udbudsforretningen i sin helhed i øvrigt bemærket, at denne påstand ikke kan tages til følge, allerede fordi udbudsforretningen formelt er afsluttet, og kontrakten er tildelt CGI Danmark A/S.

Indklagede har over for klagerens påstand 3 i øvrigt gjort gældende, at de påståede overtrædelser oplagt ikke har haft nogen indvirkning på klagerens mulighed for at få tildelt kontrakten, idet tilbuddet fra CGI Danmark A/S samlet opnåede en bedre score end klagerens og var bedre end klagerens bedømt ud fra alle tre underkriterier:

Ad betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning

Klageren har vedrørende kravet om »Fumus boni juris« henvist til det, der er gjort gældende ad påstand 1-3.

Klageren har vedrørende kravet om »Uopsættelighed« anført, at indklagede er klagerens suverænt største kunde, og aktiviteterne inden for Toldsegmentet udgør klagerens kerneforretning, som skønnes at udgøre op til 20 % af

klagerens samlede forretning i Danmark. Dermed er det utvivlsomt, at en ulovlig tildeling til CGI Danmark A/S vil medføre en uoprettelig økonomisk skade for klageren. Henset til overtrædelsens karakter vil det ikke være muligt for klageren at dokumentere et tab, idet udfaldet af et (hypotetisk) lovligt udbud ikke kan fremlægges for klagenævnet i en eventuel erstatningssag. Klageren har dermed reelt ingen muligheder for at blive økonomisk kompenseret.

Klageren har vedrørende kravet til »Interesseafvejning« anført, at hensynet til gennemførelsen af et lovligt udbud vægter markant tungere end hensynet til indklagedes kontraktindgåelse. I hvert fald de dele af Toldsegmentet, som klageren håndterer i dag, kan forlænges med tre måneder ad gangen, og det må formodes, at tilsvarende gælder de dele af Toldsegmentet, som CGI Danmark A/S varetager.

Indklagede har vedrørende kravet om »Fumus boni juris« henvist til det, der er gjort gældende ad påstand 1 – 3.

Indklagede har vedrørende kravet om »Uopsættelighed« anført, at det følger af fast EU-praksis og klagenævnspraksis, at det påhviler klageren at godtgøre, at klageren vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klageren skal afvente afgørelsen i hovedsagen, og at der ikke foreligger et sådant tab, hvis tabet er økonomisk, og der senere kan betales erstatning herfor.

Klageren har ikke bevist, at selve virksomhedens eksistens vil være truet, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Det forhold, at det umiddelbart kan være vanskeligt at dokumentere eksistensen eller størrelsen af et eventuelt erstatningskrav, ændrer ikke på, at et økonomisk tab principielt kan genoprettes ved et efterfølgende erstatningssøgsmål.

Indklagede har vedrørende kravet til »Interesseafvejning« gjort gældende, at indklagede har en meget betydelig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning. Kontrakten vedrørende ICS og Manifest systemerne udløber ved årsskriftet uden en aftalebaseret mulighed for forlængelse. Disse systemer er omdrejningspunkt for al kontrol af og med varer til og fra Danmark/EU. Danmark vil risikere at blive et hul i det fælles EU-hegn og et potentielt »tilflugtssted« for dubiøse indførsler, der herefter »frit« vil kunne fragtes rundt i hele EU, såfremt systemerne ikke fungerer. Disse al-

vorlige samfundsmæssige hensyn må nødvendigvis veje tungere end klagerens interesse i at få klagen tillagt opsættende virkning.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

»Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.«

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*»fumus boni juris«*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet, at det forhold, at den eksisterende leverandør i sagens natur må antages at have et godt udgangspunkt for udarbejdelse af tilbud, ikke fører til, at korte tidsfrister og lignende under alle omstændigheder udgør en utilbørlig fordel

for denne leverandør i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2.

Der består ikke et ubetinget krav om, at enhver fordel for den eksisterende leverandør skal udlignes, jf. herved Rettens dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, *Europaiki Dynamiki mod Kommissionen*, præmis 73 og 76, der lyder:

»Det følger ligeledes af den retspraksis, hvortil der er henvist i præmis 71 ovenfor [Domstolens dom af 3. marts 2005 i sag C-21/03 og C-34/03, *Fabriceon*], at princippet om ligebehandling af de bydende ikke indebærer, at den ordregivende myndighed er forpligtet til totalt at udligne alle de fordele, det indebærer for en bydende, at dennes underleverandør er den eksisterende kontrahent.

...

Derfor skal der for i så vid udstrækning som muligt at overholde princippet om ligebehandling af de bydende og for at undgå konsekvenser, der vil stride mod den tjenestes interesse, der varetages af den ordregivende myndighed, alligevel ske en udligning af de eventuelle fordele, som den eksisterende kontrahent eller en bydende, der er knyttet til denne gennem en aftale om underleverance, nyder godt af, men kun i det omfang det i teknisk henseende er enkelt at foretage en sådan udligning, hvis udligningen er økonomisk rimelig, og hvis den ikke indebærer en tilsidesættelse af den eksisterende kontrahents eller den nære underleverandørs rettigheder.«

De indsigelser, som klageren er fremkommet med vedrørende den reelle tidsmæssige mulighed for, at andre tilbudsgivere end CGI Danmark A/S uden urimeligt ekstra resurseforbrug kan gennemføre transitionens fase »T1«, er i betydeligt omfang imødegået af indklagede. Klagenævnet har således på den ene side ikke grundlag for at fastslå, at tilbudsgiverne alene har haft 25 arbejdsdage til at gennemføre denne del af transitionen (herunder underforstået, at CGI Danmark A/S som eksisterende leverandør ikke ville have problemer med en sådan kort tidsfrist). Klagenævnet har på den anden side heller ikke grundlag for at fastslå, at CGI Danmark A/S ikke også ville have en række opgaver i forbindelse med denne del af transitionen, til trods for, at virksomheden allerede var leverandør af de omhandlede ICS og Manifest systemer.

Den ovenfor citerede del af klagerens tilbud, der klart forholder sig til de problemstillinger, som er omhandlet af påstand 1, taler med styrke i samme retning for, at CGI Danmark A/S ikke er tilsagt en utilbørlig fordel.

Allerede af den grund er der på det foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Som følge heraf er der på det foreløbige grundlag heller ikke udsigt til, at klagerens annullationspåstand vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 om »fumus boni juris« er således ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig