

Klagenævnet for Udbud

(Erik P. Bentzen, Helle Bøjen Larsen, Pernille Hollerup)

J.nr.: 2010-0023366

30. november 2012

K E N D E L S E

Willis Danmark

(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

mod

DSB

(advokat René Offersen, København)

Den 22. februar 2012 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen (påstand 1 – 35). Klageren har efterfølgende nedlagt påstand om erstatning og en påstand om, at indklagede ikke kan afløfte sin udbudsforpligtelse ved at anvende de rammeaftaler, som indklagede indgik på baggrund af det påklagede udbud. Denne kendelse vedrører disse påstande. Sagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 36

Indklagede skal til klageren betale 443.300 kr. med procesrente fra den 12. december 2010.

Påstand 37 (subsidiær i forhold til påstand 36)

Indklagede skal til klageren betale et beløb mindre end 443.300 kr. med procesrente fra den 10. december 2008.

Påstand 38

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede ikke kan afløfte sin udbudsforpligtelse ved at foretage tildeling af ordrer i henhold til rammeaftalen for skade, pension og sundhed, der blev indgået den 18. januar 2011 med

Marsh A/S vedrørende skadesforsikring, og den 20. januar 2011 med Mercer Danmark A/S vedrørende pension og sundhedsforsikring, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 14, stk. 3, jf. artikel 40, stk. 3, litra i.

Beløbet i påstand 36 er udtryk for klagerens negative kontraktinteresse.

Indklagede har påstået frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre beløb end 443.300 kr. efter klagenævnets skøn.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 36 således:

Udarbejdelse af tilbud	178 timer a 1.500 kr.	267.000 kr.
Advokatomkostninger		<u>176.324 kr.</u>
I alt		<u>443.324 kr.</u>

Indklagede har bestridt klagerens tabsopgørelse.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 22. februar 2012 konstaterede klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 55 ved for så vidt angår delaftale »pension« at have fastlagt og anvendt delkriteriet »Kompetence indenfor rådgivning af medarbejdere og beslutningstagere« til underkriteriet »Kvalitet«, uanset at delkriteriet angår tilbudsgivernes egnethed og under de foreliggende omstændigheder ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 55 ved for så vidt angår delaftale »pension« at have fastlagt og anvendt delkriteriet »Kendskab til pensionsmarkedet herunder produkter og lovgivning« til underkriteriet »Kvalitet«, uanset at »kendskab til pensionsmarkedet« angår tilbudsgivernes egnethed og »kendskab til lovgivning« er et minimumskrav, og således

under de foreliggende omstændigheder ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 55 ved for så vidt angår delaftale »pension« at have fastlagt og anvendt delkriteriet »Eksisterende samarbejde med danske pensionsselskaber« til underkriteriet »Kvalitet«, uanset at delkriteriet angår tilbudsgivernes egnethed og under de foreliggende omstændigheder ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 55 ved for så vidt angår delaftale »pension« at have fastlagt og anvendt delkriteriet »Erfaring med levering af mægler- og rådgivningsydelser« til underkriteriet »Kvalitet«, uanset at delkriteriet angår tilbudsgivernes egnethed og under de foreliggende omstændigheder ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ad påstand 7

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 55 ved for så vidt angår delaftale »healthcare/sundhedsforsikring« at have fastlagt og anvendt delkriteriet »Erfaring og kendskab til markedet for Sundhedsforsikringer, herunder udvikling indenfor sundhedsforsikringsprodukter og dækningsomfang« til underkriteriet »Kvalitet«, uanset at delkriteriet angår tilbudsgivernes egnethed og under de foreliggende omstændigheder ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ad påstand 12

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 55 ved for så vidt angår delaftale »skadesforsikring« at have fastlagt og anvendt delkriteriet »Kendskab til det danske såvel som det globale skadesforsikringsmarked« til underkriteriet »Kvalitet«, uanset at delkriteriet angår tilbudsgivernes egnethed og under de foreliggende omstændigheder ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ad påstand 14

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 55 ved for så vidt angår delaftale »skadesforsikring« at have fastlagt og anvendt delkriteriet »Geografisk udbredelse af tilbudsgiver enten selvstændigt eller i netværk« til underkriteriet »Kvalitet«, uanset at delkriteriet angår tilbudsgivernes egnethed og under de foreliggende omstændigheder ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ad påstand 15

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 55 ved for så vidt angår delaftale »skadesforsikring« at have fastlagt og anvendt delkriteriet »Er-faring med store internationale service- og industrivirksomheder« til underkriteriet »Kvalitet«, uanset at delkriteriet angår tilbudsgivernes egnethed og under de foreliggende omstændigheder ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ad påstand 25

Indklagede har under evalueringen af tilbuddene på delaftalen »healthcare/sundhedsforsikring« handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at have prissat forbehold i overensstemmelse med indklagedes oplysninger i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 26

Indklagede har under evalueringen af tilbuddene på delaftalen »skadesforsikring« handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at have prissat forbehold i overensstemmelse med indklagedes oplysninger i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet annullerede indklagedes beslutninger af 2. december 2010 om at indgå kontrakt med Mercer Danmark A/S vedrørende delaftale 1 og 2 og Marsh A/S vedrørende delaftale 3.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne har handlet på en 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 ikke bestridt, at indklagede er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Klageren har gjort gældende, at klageren ville have undladt at afgive tilbud, hvis klageren havde vidst, at indklagede ville overtræde udbudsreglerne på den måde, som klagenævnet konstaterede. Hvis klagenævnet måtte finde det bevist, at klageren ikke ville have undladt at afgive tilbud med henvisning til klagerens kendskab til de ulovlige delkriterier, gøres det gældende, at klagerens tilbud ville have set markant anderledes ud. Hvis klageren havde vidst, at tilbud med forbehold ikke ville blive afvist eller kapitaliseret, ville klageren desuden have afgivet et tilbud med en lavere pris på de ydelser, som klageren mente, at indklagede ville have brug for. Den rådgivning, som klageren ikke var sikker på skulle være indeholdt i tilbuddet, ville klageren i stedet have taget forbehold for. Hvis det senere viste sig, at indklagede ønskede ydelserne, ville klageren – som Marsh A/S og Mercer Danmark A/S gjorde det – kunne have »rettet op« på dette i forbindelse med forhandlingerne. Det er således klagerens synspunkt, at klageren ikke er afskåret fra erstatning, blot fordi indklagedes overtrædelser også vedrører forhold, som klageren var bekendt med ved tilbudsafgivelsen.

Indklagede har gjort gældende, at delkriterierne til brug for tilbudsevalueringen blev oplyst i udbudsbetingelserne, og tilbudsgiverne var derfor bekendt med disse på tidspunktet for udarbejdelsen af tilbuddene. Det følger af klagenævnets praksis, at en tilbudsgiver mister retten til erstatning for afholdte tilbudsomkostninger, hvis tilbudsgiveren var eller burde have været bekendt med ordregiverens overtrædelse af udbudsreglerne på tidspunktet for tilbuddets udarbejdelse. Var eller burde tilbudsgiveren have været bekendt med overtrædelsen, antages denne at have accepteret risikoen for tab forårsaget af ordregiverens overtrædelse af udbudsreglerne, og der foreligger derfor ikke årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og tabet. Den omstændighed, at udbudsreglerne også blev overtrådt på grund af indklagedes manglende prissætning af forbehold, giver ikke klageren bedre ret til erstatning. En prissætning af forbeholdene ville ikke have haft nogen betydning for evalueringen af tilbuddene.

Ad påstand 38

Klageren har gjort gældende, at indklagede på nuværende tidspunkt anvender rammeaftalerne med Marsh A/S og Mercer Danmark A/S, selvom indklagede ikke kan afløfte sin udbudsforpligtelse ved at indkøbe på rammeaftalerne. Det fremgår således af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 14, stk. 3, jf. artikel 40, stk. 3, litra i, at ordregiver ikke kan tildele ordrer direkte på rammeaftalen, når rammeaftalen ikke er indgået i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets regler.

Indklagede har gjort gældende, at en rammeaftale indgået i strid med udbudsreglerne kan afløfte en ordregivers udbudsforpligtelse for efterfølgende kontrakter. I kendelsen af 22. februar 2012 udtalte klagenævnet, at udbuddet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, men klagenævnet anvendte ikke sanktionen »uden virkning«. Rammeaftalerne er derfor fortsat gyldige, og da de er indgået ved anvendelse af en procedure efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, er forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 14, stk. 3 [2], opfyldt, og indklagede er derfor berettiget til at indgå kontrakter i henhold til rammeaftalerne.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 38

Påstanden vedrører spørgsmålet, om indklagede overtræder udbudsreglerne ved for fremtiden at anvende rammeaftalerne med Marsh A/S og Mercer Danmark A/S, selvom klagenævnet i sin kendelse af 22. februar 2012 fastslog, at indklagede handlede i strid med udbudsreglerne under udbuddet af rammeaftalerne, og som følge heraf annullerede indklagedes tildelingsbeslutninger med den begrundelse, at udbuddet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. En konstatering i overensstemmelse med påstand 38 vil ikke have nogen indflydelse på den retsstilling, som allerede er gældende for indklagede, idet det følger af gældende ret, at der ikke for fremtiden kan trækkes på en rammeaftale, når klagenævnet har annulleret tildelingsbeslutningen som følge af de konstaterede overtrædelser. Rammeaftalen er således ikke indgået i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Klagenævnet afviser derfor påstanden.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved de overtrædelser af udbudsreglerne, der er fastslået i kendelsen af 22. februar 2012, har indklagede handlet ansvarspådragende i forhold til klageren.

Ad erstatningskravet:

Efter karakteren af de konstaterede overtrædelser ad påstand 2, 4 – 7, 12 og 14 – 15, lægger klagenævnet til grund, at klageren enten var eller burde have været bekendt med de forhold, som udgjorde disse overtrædelser, inden klageren afgav sit tilbud. Overtrædelserne vedrører alle centrale elementer i udbudsbetingelserne, nemlig delkriterier til underkriteriet »Kvalitet« til tildelingskriteriet »det økonomiske mest fordelagtige tilbud«, og klagenævnet udtalte ved kendelsen af 22. februar 2012, at karakteren af overtrædelserne medførte, at udbuddet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Der er således ikke årsagsforbindelse mellem overtrædelserne ad påstand 2, 4 – 7, 12 og 14 – 15, og klagerens forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbud.

Det kan efter det anførte ikke føre til et andet resultat, at klagenævnet i kendelsen af 22. februar 2012 også konstaterede, at indklagede havde overtrådt principperne om gennemsigtighed og ligebehandling ad påstand 25 og 26 vedrørende tilbudsevalueringen, hvor indklagede undlod at kapitalisere nogle forbehold.

Klagenævnet tager derfor indklagedes frifindelsespåstand til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, DSB, frifindes.

Påstand 38 afvises.

Indklagede skal ikke betale yderligere sagsomkostninger til klageren.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Ida Maria Westphall
kontorfuldmægtig