

Ugeskrift for Retsvæsen 2012 s. 2952 H, Højesterets dom af 15. juni 2012 i sag 88/2010, Montaneisen GmbH (tidligere European Land Solutions Ltd.) mod Kystdirektoratet

Kort resumé

Angår samme sag som Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. juli 2008. Sagen angik et udbud efter udbudsdirektivet vedrørende en tjenesteydelse med tildelingskriterium det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dommen angår to retssager, der blev behandlet sammen, og som var anlagt dels af udbyderen, dels af klageren for klagenævnet, dvs. en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten, og hvis tilbud udbyderen havde anset som det næstmest økonomisk fordelagtige tilbud. Højesteret konstaterede, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom dette tilbud indeholdt et forbehold om et grundlæggende element. Herved henvist til, at udbuddet angik en resultatkontrakt, at forbeholdet overvæltede risikoen for anvendeligheden og effektiviteten af tilbudsgiverens udstyr på udbyderen, og at udbyderen før indgåelsen af kontrakten med den valgte tilbudsgiver var blevet klar over, at tilbudsgiverens tilbud indeholdt forbeholdet. Det var uden betydning, at udbyderen havde givet tilbudsgiverne underretning om beslutningen om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Afgørelsen er udtryk for en delvis ændring af klagenævnets kendelse. Udbyderen endvidere pålagt at betale en erstatning på 4 mio. kr. til klageren for klagenævnet (sagsøgeren i den ene retssag) til dækning af dennes tab ved ikke at have fået tildelt kontrakten. Herved henvist til, at klagerens tilbud var det mest fordelagtige blandt de tilbageværende tilbud, og til, at udbyderen af nærmere angivne grunde ikke havde sandsynliggjort, at udbyderen ville have annulleret udbuddet, hvis udbyderen havde afvist tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver.

Kommentar

Med betegnelsen »klageren« sigtes i det følgende til den forbigåede tilbudsgiver, der var klager for klagenævnet og sagsøger i den ene af de to retssager, og som ved Højesterets dom fik erstatning til dækning af sit tab ved ikke at have fået kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse).

Af hensyn til pladsen omfatter kommentaren ikke alle de spørgsmål, som dommen kunne give anledning til at omtale, men følgende kan nævnes:

1) Der er tale om en kompliceret sag med et svært forståeligt faktum. En del af klagepunkterne for klagenævnet var tilsyneladende forskellige sider af det samme spørgsmål, og klagenævnet vurderede også disse klagepunkter i forbindelse med hinanden.

Sagens kerne synes imidlertid at være følgende:

Udbyderen havde givet den valgte tilbudsgiver en uberettiget fordel ved efter tildelingsbeslutningen og kontraktindgåelsen at ændre den udbudte opgave på en måde, der bevirkede, at opgaven kunne udføres for en lavere pris, end hvad der ellers burde påregnes. Baggrunden herfor var følgende: Den valgte tilbudsgivers tilbudspris var særdeles lav, hvilket var afgørende for, at udbyderen havde tildelt tilbudsgiveren kontrakten. Det sig viste sig imidlertid, at tilbudsgiveren ikke kunne udføre den udbudte opgave for sin

tilbudspris, sådan som opgaven var stillet. Udbyderen var på den anden side interesseret i at fastholde en lav pris som følge af sin bevillingsramme og ændrede derfor opgaven for at holde prisen nede.

De instanser, som sagen gik igennem, drog ikke de samme konklusioner af de nævnte forhold. Klagenævnet og landsretten fandt, at udbyderen skulle have annulleret udbuddet. Højesteret fandt derimod, at udbyderen skulle have afvist tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver og indgået kontrakt med klageren. Det er formentlig dækkende at sige, at der ikke er tale om principielle meningsforskelle mellem klagenævnet og landsretten på den ene side og Højesteret på den anden, men blot om en forskellig vurdering af sagens konkrete omstændigheder. Det kunne i øvrigt godt se ud til, at Højesterets afgørelse hang sammen med nogle nye oplysninger, der var fremkommet for Højesteret.

Landsretten ændrede klagenævnets kendelse på et enkelt punkt, hvor landsrettens dom synes endelig, se nærmere det fulde resumé. Det drejede sig om tidspunktet for udførelse af nogle test. Dette punkt synes uden egentlig selvstændig betydning, hvorfor det ikke er omtalt i det korte resumé ovenfor.

2) Højesterets afgørelse om, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved at tage den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning:

Afgørelsen blev begrundet med følgende: Udbyderen blev opmærksom på et forbehold om et grundlæggende element i den valgte tilbudsgivers tilbud senest på nogle nærmere angivne møder med den valgte tilbudsgiver. Det fremgår, at disse møder fandt sted efter tildelingsbeslutningen og udbyderens underretning til tilbudsgiverne om den, men før indgåelsen af kontrakten med den valgte tilbudsgiver.

Heraf følger: Tildelingsbeslutningen neutraliserer ikke udbyderens udbudsretlige pligt til kun at tage tilbud i betragtning, der opfylder udbudsbetingelsernes grundlæggende elementer og mindstekrav. Dette giver måske sig selv, men er alligevel værd at bemærke. Hvis en udbyder efter tildelingsbeslutningen, men før kontraktindgåelsen, bliver opmærksom på, at den valgte tilbudsgivers tilbud ikke opfylder et grundlæggende element eller et mindstekrav, skal udbyderen altså *annullere tildelingsbeslutningen* og afvise tilbuddet. Udbyderen må derimod ikke indlade sig i forhandlinger med tilbudsgiveren for at finde en løsning, hvilket udbyderen i sagen tydeligvis havde gjort.

(Pladsen tillader ikke en omtale af, hvad der måtte gælde, hvis udbyderen først bliver opmærksom på forholdet efter kontraktindgåelsen).

3) Som et forsvar mod et erstatningskrav fra klageren fremsatte udbyderen en indsigelse om, at udbyderen ville have annulleret udbuddet, hvis udbyderen havde været opmærksom på, at udbyderen ikke måtte indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver. Denne indsigelse blev imidlertid ikke taget til følge, og Højesterets dom ses at indeholde følgende principielle tilkendegivelse i sammenhængen: En sådan indsigelse kan kun tillægges betydning, hvis udbyderen *sandsynliggør*, at udbyderen ville have annulleret udbuddet. Udbyderen har altså en vis begrænset bevisbyrde for rigtigheden af en sådan indsigelse. Højesteret fandt endvidere af nærmere angivne grunde, at udbyderen ikke havde sandsynliggjort indsigelsens rigtighed.

Se i øvrigt om indsigelser af den pågældende karakter kommentaren til klagenævnets kendelse af 10. januar 2010, J.H. Schultz mod Kulturarvstyrelsen.

Resumé

Denne dom er domstolenes afgørelse i en sag mellem de samme parter, der blev afgjort ved Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. juli 2008.

Sagen angik et udbud i medfør af udbudsdirektivet vedrørende udførelse af minerydning i et område. Efter at der var indkommet tilbud fra nogle tilbudsgivere, besluttede udbyderen at indgå kontrakt med en tilbudsgiver M og underrettede tilbudsgiverne herom. Nogle uger derefter indgik udbyderen kontrakten. Klagen var indgivet af en anden tilbudsgiver, en virksomhed E. Den blev indgivet nogle måneder senere.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ved tilbudsvurderingen havde udbyderen vurderet M's tilbud som det økonomisk mest fordelagtige og E's tilbud som det næstmest økonomisk fordelagtige.

Ved kendelsen af 10. juli 2008 tog klagenævnet en række klagepunkter til følge ved at konstatere, at udbyderen havde begået forskellige overtrædelser af udbudsreglerne.

En af de overtrædelser, som klagenævnet konstaterede (E's påstand 3 for klagenævnet) gik ud på, at udbyderen havde tilrettelagt udbuddet således, at nogle obligatoriske test, der var fastsat i udbudsbetingelserne, blev gennemført efter tildelingsbeslutningen og således ikke kunne have indflydelse på denne.

En anden af de konstaterede overtrædelser (E's påstand 4 for klagenævnet) gik ud på, at udbyderen efter tilbudsfristens udløb havde ændret udbudsbetingelserne væsentligt. Dette sigtede til, at udbyderen over for M havde frafaldet et mindstekrav om fuldstændig fjernelse af en bestemt type tændere (dvs. udløsningsmekanismer). Det fremgår desuden, at udbyderen havde betalt for M's fjernelse af nogle af de pågældende tændere som ekstraarbejde. Klagenævnet henviste til, at ændringen var så væsentlig, at den havde krævet nyt udbud.

Klagenævnet tog desuden forskellige andre klagepunkter til følge.

Klagenævnet tog derimod ikke et enkelt af de øvrige klagepunkter til følge (E's påstand 1 for klagenævnet). Dette klagepunkt gik ud på, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved at tage M's tilbud i betragtning, selvom dette tilbud indeholdt forbehold om grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Efter klagenævnets kendelse indbragte E og udbyderen sagen for domstolene ved gensidige sagsanlæg mod hinanden. De to retssager blev behandlet sammen og blev behandlet af landsretten som første instans. E nedlagde under retssagerne følgende anerkendelsespåstand: Udbyderen skulle tilpligtes at anerkende, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved at tage M's tilbud i betragtning. E nedlagde desuden en erstatningspåstand. Udbyderen nedlagde på sin side en anerkendelsespåstand, der gik ud på følgende: E skulle tilpligtes at anerkende, at udbyderen ikke havde begået den overtrædelse, som klagenævnet havde konstateret vedrørende afholdelsen af test, jf. ovenfor.

Landsretten fandt ikke sikkert grundlag for at antage, at M havde taget forbehold om noget grundlæggende, og landsretten frifandt derfor udbyderen for E's anerkendelsespåstand. Landsretten opretholdt således klagenævnets afgørelse på det pågældende punkt.

Landsretten tog desuden udbyderens anerkendelsespåstand til følge med følgende begrundelse: Udbyderen havde været berettiget til forudsætningsvis at gå ud fra, at tilbudsgiverne kunne leve op til de krav, der var angivet i deres tilbud, således at de foreskrevne test blot var en yderligere sikkerhedsforanstaltning. Landsrettens afgørelse herom var udtryk for en ændring af klagenævnets afgørelse på det pågældende punkt. Afgørelsen synes endelig, da den ikke var omfattet af sagen for Højesteret.

Landsretten tiltrådte derimod klagenævnets udtalelse om, at ændringen med hensyn til fjernelse af en bestemt type tændere var så væsentlig, at den havde forudsat et nyt udbud. Landsretten konstaterede herefter, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved ikke at annullere kontrakten med M og iværksætte et nyt udbud. Landsretten fandt videre, at denne overtrædelse havde medført erstatningsansvar for udbyderen, og pålagde udbyderen at betale et beløb til dækning af E's udgift til afgivelse af tilbud (negativ kontraktinteresse). Landsretten fandt derimod ikke grundlag for at pålægge udbyderen at erstatte E's tab ved ikke at have fået tildelt kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse).

E indbragte landsrettens afgørelse for Højesteret, hvor sagen kun angik spørgsmålet, om udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved at tage M's tilbud i betragtning, og spørgsmålet om erstatning.

For Højesteret erkendte udbyderen at have overtrådt udbudsreglerne på nærmere angiven måde. Udbyderen gjorde imidlertid bl.a. gældende, at udbyderen ikke var erstatningsansvarlig til dækning af E's positive opfyldelsesinteresse som følge af, at E ikke havde bevist, at E ville have fået kontrakten, hvis udbudsreglerne var blevet overholdt. Udbyderen henviste herved til, at E's tilbudspris var så høj, at udbyderen ikke havde bevillingsmæssig hjemmel til at acceptere den, hvorfor det var mest sandsynligt, at udbyderen ville have annulleret udbuddet, hvis udbyderen havde afvist M's tilbud. Udbyderen gjorde også gældende, at E's tilbud ikke var konditionsmæssigt på et nærmere angivet punkt.

Højesteret præmisser kan gengives således:

Minerydningen blev udbudt som en resultatkontrakt, således at tilbudsgiverne selv skulle bære risikoen for valg af materiel og metode. Udbyderen blev senest på nogle nærmere angivne møder med M klar over, at M's tilbud indeholdt et forbehold om rydningsdybden. (Det fremgår, at de omtalte møder fandt sted efter tildelingsbeslutningen og udbyderens meddelelse om den til tilbudsgiverne, men før indgåelsen af kontrakten). Det omtalte forbehold, der overvæltede risikoen for anvendeligheden og effektiviteten af M's rydningsudstyr på udbyderen, var i strid med et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Udbyderen var derfor forpligtet til at se bort fra M's tilbud, hvilket var tilfældet, selvom udbyderen havde meddelt de andre tilbudsgivere, at M havde vundet udbuddet. Der var herefter ikke anledning til at tage stilling til nogle øvrige forbehold i M's tilbud, som E havde påberåbt sig.

Hvis udbyderen i overensstemmelse med udbudsreglerne havde afvist M's tilbud, ville E's tilbud have været det [økonomisk] mest fordelagtige af de tilbageværende tilbud. Det måtte endvidere påhvile udbyderen, som havde overtrådt udbudsreglerne ved ikke at afvise M's tilbud, at sandsynliggøre, at udbyderen ville have annulleret udbuddet i stedet for at antage E's tilbud, hvis udbyderen havde afvist M's tilbud.

Højesteret fandt videre, at udbyderen ikke havde sandsynliggjort, at en afvisning af M's tilbud ville have ført til en annullation af udbuddet. Højesteret henviste herved til forskellige forhold, herunder at Danmark var internationalt forpligtet til at gennemføre minerydningen, og at der ikke forelå konkrete holdepunkter for at antage, at udbyderen ikke kunne have fået den nødvendige merbevilling m.m.

Højesteret lagde herefter til grund, at udbyderen ville have antaget E's tilbud, hvis udbyderen havde afvist M's tilbud. E havde derfor krav på erstatning for sit tab ved, at dette ikke skete. Erstatningen kunne af nærmere angivne grunde skønsmæssigt fastsættes til 4 mio. kr.

Højesteret afgjorde herefter sagen således: Udbyderen blev tilpligtet at anerkende, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved ikke at afvise M's tilbud. Desuden pålagdes det udbyderen at betale en erstatning på 4 mio. kr. til E.