

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Niels Henriksen, Iver Pedersen)

J.nr.: 00-218.937

22. november 2001

K E N D E L S E

Forlaget Magnus A/S
(advokat Erik Bertelsen, Århus)

mod

Told- og Skattestyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Henrik Berg)

Denne kendelse angår spørgsmålet om erstatningspligt for indklagede (Told og Skat) på baggrund af Klagenævnets kendelse af 2. maj 2001 i sagen. Sagens omstændigheder kan sammenfattes således, idet der i øvrigt henvises til kendelsen af 2. maj 2001:

Sagen angår et offentligt udbud af leverancer i elektronisk form af domme og lovstof m.m. på told- og skatteområdet foretaget af Told og Skat i oktober 2000 i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet (direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler som ændret ved direktiv 97/52). Fristen for afgivelse af tilbud var 27. november 2000.

Klageren (Forlaget Magnus), der var interesseret i at afgive tilbud, stillede i november 2000 nogle skriftlige spørgsmål til Told og Skat om forståelsen af udbudsbetingelserne. Forlaget Magnus stillede herunder et spørgsmål om rækkevidden af en klausul i udbudsbetingelserne om, at der kunne tages

forbehold over for bestemmelserne i udbudsbetingelsernes udkast til kontrakt.

Told og Skat besvarede spørgsmålene i et brev af 22. november 2000 og udtalte herved bl.a., at der ikke var begrænsninger i tilbudsgivernes adgang til at tage forbehold overfor bestemmelserne i udkastet til kontrakt.

I et brev af 22. november 2000 til Told og Skat gjorde Forlaget Magnus gældende, at udbudet var i strid med EU's udbudsregler, og at udbudet ved en eventuel klage til Klagenævnet for Udbud var i overhængende risiko for at gå om. Forlaget Magnus henviste herved bl.a. til klausulen om, at der kunne tages forbehold over for bestemmelserne i udkastet til kontrakt.

Told og Skat svarede i et brev af 24. november 2001, at udbudet ikke var i strid med de gældende regler, og at det ville blive gennemført.

Told og Skat gennemførte herefter udbudet. Forlaget Magnus afgav ikke tilbud, da man anså udbudsbetingelserne for så uklare, at man ikke fandt det muligt at udforme et tilbud. Der indkom tilbud fra en enkelt anden virksomhed, og Told og Skat indgik kontrakt med denne tilbudsgiver om leverancen.

Forlaget Magnus indgav klage til Klagenævnet for Udbud, der i kendelsen af 2. maj 2001 statuerede:

- Klausulen i udbudsbetingelserne om, at der kunne tages forbehold over for udkastet til kontrakt, kunne sprogligt forstås sådan, at der kunne tages forbehold over for samtlige elementer i det udbudte, og en mere begrænset forståelse, som Told og Skat havde angivet over for Klagenævnet, var ikke blevet oplyst, da Forlaget Magnus spurgte, hvordan klausulen skulle forstås. Det var herefter fuldstændig uklart, hvad der var udbudt, hvorved Told og Skat havde overtrådt det EU-retlige gennemsigtighedsprincip, herunder det krav, der må anses indeholdt i EU's udbudsregler om, at et udbud skal indeholde en klar og præcis angivelse af det udbudte.
- Det var i strid med EU's udbudsregler, at Told og Skat i udbudsbetingelserne havde forbeholdt sig at afvise alle tilbud.

Klagenævnet annullerede Told og Skats beslutninger om at gennemføre udbudet i den foreliggende form og om at indgå kontrakt med tilbudsgiveren. For det tilfælde, at Told og Skat fortsat ønskede den pågældende ydelse, pålagde Klagenævnet endvidere Told og Skat at lovliggøre udbudet ved at foretage et nyt udbud med en klar angivelse af det udbudte. Ved begrundelsen af disse afgørelser henviste Klagenævnet til karakteren af Told og Skats overtrædelse af udbudsreglerne ved klausulen om forbehold over for bestemmelserne i kontraktsudkastet. Klagenævnet henviste desuden bl.a. til Forlaget Magnus' forudgående advarsel til Told og Skat om risikoen for, at udbudet ville blive annulleret.

Klagenævnet pålagde endvidere Told og Skat at betale sagsomkostninger til Forlaget Magnus med 25.000 kr.

Som følge af Klagenævnets kendelse af 2. maj 2001 er kontrakten med den valgte tilbudsgiver ikke blevet gennemført. Told og Skat har ikke udbudt ydelsen på ny og udfører den i stedet selv. Så vidt det er Klagenævnet bekendt, er Klagenævnets kendelse af 2. maj 2001 ikke blevet indbragt for domstolene.

Ved klagens modtagelse udsatte Klagenævnet behandlingen af en erstatningspåstand fra Forlaget Magnus til behandling efter nævnets afgørelse vedrørende klagen i øvrigt. Erstatningspåstanden er herefter blevet behandlet efter afsigelsen af kendelsen af 2. maj 2001.

Parterne har foretaget en særlig skriftveksling om erstatningsspørgsmålet, og erstatningsspørgsmålet har været behandlet på et møde den 7. september 2001. I forbindelse med mødet har Forlaget Magnus' administrerende direktør, Morten Arnberg, afgivet forklaring.

Forlaget Magnus har endeligt nedlagt påstand om, at Told og Skat tilpligtes at betale en erstatning på 227.658,27 kr. med sædvanlig procesrente af 196.408,27 kr. fra erstatningspåstandens konkretisering den 21. maj 2001. Det beløb, der ikke påstås forrentet, udgøres af en advokatregning, der ikke var betalt på tidspunktet for den mundtlige forhandling vedrørende erstatningsspørgsmålet.

Told og Skat har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært mod betaling af et mindre beløb.

Forlaget Magnus' erstatningspåstand fremkommer således:

Interne udgifter	102.660,00 kr.
Eksterne udgifter	<u>124.998,27 kr.</u>
I alt	227.658,27 kr.

Posten interne udgifter fremkommer således:

Produktionschef Peter Vestergaard	120 timer à kr. 329,88	39.585,60 kr.
Direktør Morten Arnborg	40 timer à kr. 595,80	23.832,00 kr.
Redationschef Inger Toft	120 à kr. 327,02	<u>39.242,40 kr.</u>
Interne udgifter i alt		102.660,00 kr.

De angivne timer er de arbejdstimer, som de pågældende medarbejdere hos Forlaget Magnus angives at have anvendt på udbudssagen. De angivne timelønninger er beregnet af Forlaget Magnus' revisor.

De eksterne udgifter fremkommer således:

Cand. jur. Steen Treumer for juridisk rådgivning i henhold til regning af 12. december 2000	7.500,00 kr.
Advokat Erik Bertelsen, for juridisk assistance 27. november til 15. december 2000	60.837,28 kr.
Samme, for assistance 16. december 2000 til 14. marts 2000, dvs. i forbindelse med sagen for Klagenævnet	50.410,99 kr.
Samme, for assistance 1. april til 30. juni 2001, dvs. vedrørende erstatningskravet for Klagenævnet	<u>31.250,00 kr.</u>
I alt	149.998,27 kr.
Med fradrag af de tilkendte sagsomkostninger ved Klagenævnets kendelse af 2. maj 2001	<u>25.000,00 kr.</u>
	124.998,27 kr.

Forlaget Magnus har i hovedtræk gjort gældende: Der kræves kun erstatning til dækning af Forlaget Magnus' udgifter som følge af udbudet, dvs.

den negative kontraktsinteresse. Der må henses til erstatningsreglernes samfundsmæssige funktion og formålet, og der bør således ikke stilles strenge krav til beviset for forlagets tab. Der foreligger årsagsforbindelse og adækvans, idet Told og Skat ved sin handlemåde har påført forlaget et tab, hvis størrelse mindst svarer til påstanden. Ikke alle interne udgifter er medregnet. Forlaget har gjort, hvad man kan, for at bevise tabets størrelse. Det bestrides, at forlaget har tilsidesat sin tabsbegrænsningspligt. Naturligvis har man været berettiget til at arbejde med udbudssagen, indtil man konstaterede, at man ikke kunne afgive tilbud som følge af udbudets udformning og derfor henvendte sig til Told og Skat herom. Der må også herved henses til, at Told og Skat fastholdt, at udbudet ikke var i strid med udbudsreglerne. Generelt bør en eventuel tvivl om tabets størrelse komme forlaget til gode. Steen Treumers regning af 12. december 2000 angår ikke andet end sagen.

Told og Skat har i hovedtræk gjort gældende: Ved erstatningsspørgsmålets afgørelse skal dansk rets almindelige erstatningsregler finde anvendelse, og der er ikke grundlag for at fastsætte en skønsmæssig erstatning. Forlaget Magnus' erstatningskrav er ude af proportioner. Man har ikke en gang afgivet tilbud, og man fik ved Klagenævnets kendelse af 2. maj 2001 kun tilkendt 25.000 kr. i sagsomkostninger. Forlagets eksterne udgifter må høre under sagsomkostningerne. Regningen fra Steen Treumer synes at angå andre spørgsmål end udbudssagen. Endvidere er det ikke godtgjort, at Forlaget Magnus har lidt tab i forbindelse med sine medarbejderes arbejde med sagen. De pågældende medarbejdere skulle have haft løn alligevel, og direktøren har ikke fast arbejdstid. Under alle omstændigheder bør der i det højeste tillægges Forlaget Magnus erstatning for de udgifter, der er foranlediget af Told og Skats overtrædelse af udbudsreglerne. Denne overtrædelse kunne Forlaget Magnus konstatere allerede ved den første gennemgang af udbudsbetingelserne i oktober 2000. Ikke desto mindre gik der mere end en måned, før forlaget henvendte sig til Told og Skat og gjorde gældende, at udbudet var i strid med udbudsreglerne. En væsentlig del af de hævdede interne omkostninger angår arbejde, som Forlaget Magnus udførte med sagen i mellemtiden, og forlaget har tilsidesat sin tabsbegrænsningspligt ved at udføre dette arbejde.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnets kompetence til at pålægge ordregivere at betale erstatning for overtrædelse af EU's udbudsregler er tillagt Klagenævnet ved § 6, stk. 3, i den nugældende Lov om Klagenævnet for Udbud, dvs. lov nr. 415 af 31. maj 2000.

Dette er sket som et led i Danmarks overholdelse af de såkaldte kontroldirektiver, dvs. direktiv 89/665 af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (1. kontroldirektiv) og direktiv 92/13 af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand og energiforsyning samt transport og telekommunikation (2. kontroldirektiv).

Det fremgår forudsætningsvis af de to kontroldirektiver, at de nationale myndigheders administration af ordregivernes erstatningsansvar for overtrædelse af EU's udbudsregler skal have til formål at sikre, at udbudsreglerne overholdes.

Det fremgår tilsvarende forudsætningsvis af forarbejderne til § 6, stk. 3, i Lov om Klagenævnet for Udbud, at henlæggelsen af erstatningskompetencen til Klagenævnet har til formål at sikre, at de danske ordregivere overholder udbudsreglerne. Af de nævnte forarbejder fremgår desuden, at Klagenævnets erstatningsafgørelser skal træffes i overensstemmelse med dansk rets almindelige erstatningsregler.

Af det anførte følger: Klagenævnets afgørelser om erstatningspligt for ordregivere i anledning af overtrædelse af EU's udbudsregler skal træffes i overensstemmelse med dansk rets almindelige erstatningsregler inden for disses sædvanlige rammer ud fra den grundholdning, at erstatningsafgørelserne bl.a. skal tjene præventive formål, dvs. at bidrage til at motivere ordregiverne til at overholde EU's udbudsregler. Det bemærkes herved, at dansk rets almindelige erstatningsregler giver tilstrækkelig mulighed for at træffe afgørelserne ud fra den nævnte grundholdning. Præventionshensynet er således en af de traditionelle begrundelser for erstatningsansvaret, og det

er fx også velkendt inden for dansk erstatningsret, at beviskravene kan variere efter sagens omstændigheder, herunder graden af den erstatningspligtiges »skyld«.

Der skal således ved Klagenævnets erstatningsafgørelser ikke stilles strenge krav til beviset for årsagsforbindelse og adækvans eller til beviset for tabets størrelse. Ordregivernes erstatningspligt skal være en realitet og må ikke neutraliseres ved beviskrav, som de erstatningsberettigede har vanskeligt ved at opfylde i praksis. Endvidere vil det kunne være påkrævet at foretage skønsmæssige erstatningsudmålinger. Det bemærkes herved, at sådanne erstatningsudmålinger er sædvanligt forekommende i almindelig dansk erstatningspraksis.

Klagenævnet bemærker herefter om den konkrete sag:

Told og Skats overtrædelse af udbudsreglerne ved, at man forbeholdt sig at afvise alle tilbud, har ikke påført Forlaget Magnus noget tab og er uden betydning for erstatningsspørgsmålet.

Derimod er udbudsbetingelsernes klausul om forbehold over for bestemmelserne i kontraktsudkastet en væsentlig overtrædelse af udbudsreglerne. Væsentligheden er yderligere forstærket af Told og Skats svar på Forlaget Magnus' spørgsmål om forståelsen af klausulen og af forlagets forudgående advarsel om risikoen for Klagenævnets annullation af udbudet.

Der findes ikke grundlag for at gå ud fra, at Forlaget Magnus skulle have tilsidesat sin tabsbegrænsningspligt. Told og Skats synspunkt herom går tilsyneladende ud på, at Forlaget Magnus straks ved modtagelsen af udbudsbetingelserne skulle have konstateret, at man ikke kunne give tilbud som følge af klausulen om forbehold over for bestemmelsen i kontraktsudkastet, og at forlaget derfor skulle have undladt at beskæftige sig yderligere med udbudet. Klagenævnet kan imidlertid ikke tiltræde dette synspunkt. Der var tale om en særdeles væsentlig ydelse inden for forlagets kerneområde, og det har været sagligt berettiget, at forlaget gjorde sit yderste for at analysere udbudet og dets forståelse og for at påvirke Told og Skat til at udforme udbudet klart.

På baggrund af de generelle bemærkninger ovenfor om udøvelsen af Klagenævnets erstatningskompetence findes det tilstrækkeligt godtgjort, at de

angivne eksterne udgifter på 124.998,27 kr. efter fradrag af de tidligere tildeelte sagsomkostninger, dvs. udgifter til Steen Treumer og advokat, alle er påført Forlaget Magnus ved Told og Skats væsentlige overtrædelse af EU's udbudsregler, og Told og Skat skal derfor erstatte disse udgifter.

Med hensyn til Forlaget Magnus' påberåbte interne udgifter på 102.660 kr. bemærkes:

På baggrund af de generelle bemærkninger ovenfor om udøvelsen af Klagenævnets erstatningskompetence findes det tilstrækkeligt godtgjort, at de pågældende medarbejdere hos Forlaget Magnus har anvendt de angivne arbejdstimer på udbudssagen, og at deres timeløn er som angivet. Det pågældende arbejde har været spildt, og dette spild må som udgangspunkt anses for at være påført forlaget af Told og Skats væsentlige overtrædelse af EU's udbudsregler.

På den anden side må der henses til, at de pågældende medarbejdere var fastsansat, og at det ikke er sikkert, at de angivne arbejdstimer kunne have været anvendt til at skaffe forlaget anden indtægtsgivende virksomhed, hvis sagen ikke var opstået. Der må også henses til, at enhver potentiel tilbudsgiver må være indstillet på at afholde forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud.

Erstatningen med hensyn til interne udgifter må herefter fastsættes skønsmæssigt. I skønnet må indgå hensynet til erstatningsreglernes præventive effekt, jf. de generelle bemærkninger ovenfor. På denne baggrund fastsættes erstatningen vedrørende de interne udgifter til 75.000 kr.

Den samlede erstatning fastsættes således til 124.998,27 kr. + 75.000 kr. eller i alt 199.998,27 kr., der forrentes som påstået i medfør af princippet i rentelovens § 3, stk. 4. Fristen for betalingen fastsættes som svarende til fristen for indbringelse af denne kendelse for domstolene i henhold til § 8, stk. 2, i Lov om Klagenævnet for Udbud.

Det pålægges Told og Skat at betale sagsomkostninger med et skønsmæssigt fastsat beløb på 20.000 kr. Beløbet angår Forlaget Magnus' advokatombudsomkostninger m.m. navnlig i forbindelse med den mundtlige forhandling for Klagenævnet vedrørende erstatningsspørgsmålet, idet forlagets tidligere advokatudgifter vedrørende erstatningsspørgsmålet er omfattet af erstatningen

for eksterne udgifter. Omkostningsbeløbet på 20.000 kr. skal betales ud over det omkostningsbeløb, som Told og Skat blev pålagt at betale ved Klagenævnets kendelse af 2. maj 2001 i sagen, og sagsomkostningerne på 20.000 kr. er derfor i konklusionen nedenfor angivet som yderligere sagsomkostninger.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Told og Skattestyrelsen, skal inden 8 uger efter, at denne kendelse er meddelt Told og Skattestyrelsen, til klageren, Forlaget Magnus A/S, betale 199.998,27 kr. med sædvanlige procesrenter fra 21. maj 2001, og til betaling sker.

Inden samme frist skal Told og Skattestyrelsen til Forlaget Magnus A/S betale yderligere sagsomkostninger med 20.000 kr.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach

kontorfuldmægtig