

Klagenævnet for Udbud

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

J.nr.: 00-218.937

2. maj 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)

Ved udbudsbekendtgørelse af 4. oktober 2000, sagens bilag 1, udbød indklagede Told- og Skattestyrelsen som offentligt udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet) leverancer i elektronisk form af domme og lovstof m.m. på told,- skatte og afgiftsområdet. Fristen for indgivelse af tilbud var 27. november 2000. Det angaves, at aftaleperioden begyndte 1. januar 2001, og at der forventedes nyt udbud i andet halvår af 2003.

Den 13. december 2000 indgav klageren, Forlaget Magnus A/S (Forlaget Magnus) klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Told- og Skattestyrelsen (Told og Skat).

Forlaget Magnus fremsatte ved klagens indgivelse begæring om, at Klagenævnet i medfør af Lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning.

Den 22. december 2000 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet lagde herved vægt på en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger og på en afvejning af Forlaget Magnus' interesse i en afgørelse om opsættende virkning på den ene side og den sam-

fundsmæssige interesse i, at leveringen af den omhandlede tjenesteydelse iværksættes i overensstemmelse med Told og Skats planlægning. Klagenævnet understregede samtidig, at nævnets afgørelse om opsættende virkning ikke var udtryk for en forhåndsvurdering af klagen eller en stillingtagen på forhånd til annullationspåstanden.

Klagen har været behandlet på et møde den 14. marts 2001.

Klageren Forlaget Magnus A/S (Forlaget Magnus) havde siden 1993 til brug for optagelse i publikationen »Tidsskrift for skatter og afgifter« leveret materiale inden for told-, skatte og afgiftsområdet til Told og Skat. Den udbudte ydelse, som sagen angår, var efter det oplyste identisk med den ydelse, som Forlaget Magnus hidtil havde leveret, dog med den forskel, at ydelsen nu skulle leveres i elektronisk form som led i en beslutning fra Told og Skat om at optage stoffet på Internettet.

Det materiale, der skulle leveres i henhold til udbudet, var nærmere beskrevet i udbudsbekendtgørelsen. Det fremgår bl.a., at leverandøren skulle foretage en udvælgelse af, hvilke domme, der skulle leveres, og desuden skulle bearbejde dommene på forskellig måde, herunder ved rubricering i emnekategorier, indsættelse af referencer og udarbejdelse af resuméer.

Som tildelingskriterium var i udbudsbekendtgørelsen angivet det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der var angivet i ikke prioriteret rækkefølge: Leveringstid, priser og leverancernes kvalitet med hensyn til redaktionelt og juridisk indhold.

Udbudsbetingelserne, sagens bilag 2, var vedlagt et udkast til kontrakt, til hvilket der henvistes i udbudsbetingelserne. I udkastet til kontrakt henvistes med hensyn til den ydelse, der skulle leveres, samt med hensyn til leverancer og leveringstider til et bilag om kravsspecifikationer og et bilag om leveringstid, der ligeledes var vedlagt udbudsbetingelserne. Med hensyn til pris henvistes til et bilag, der var tiltænkt at skulle udfyldes af tilbudsgiveren. Kontraktsudkastet indeholdt i øvrigt forskellige regler om leveringssted, ret for Told og Skat til at offentliggøre det leverede, betalingsbetingelser, dagbøder ved forsinkelse, mangler og løbetid m.m.

I bilaget om kravsspecifikationer var bl.a. anført, at leverancens indhold skulle være fagligt korrekt og af en sådan kvalitet, at den kunne leve op til, hvad man normalt kan forvente af juridisk arbejde på akademisk niveau.

I den del af udbudsbetingelserne, der henviste til udkastet til kontrakt, var anført:

»6. Udkast til kontrakt – forbehold og forhandling

...

Tilbudsgiver er ikke berettiget til at afgive alternative tilbud, men kan tage forbehold over for bestemmelserne i udkastet til kontrakt og kontraktbilag.

Ved forbehold skal tilbudsgiver klart angive, hvilke konkrete formuleringer tilbudsgiver vil indgå på...

...

Styrelsen skal fremhæve, at der ikke i traditionel forstand vil kunne forhandles... om afgivne tilbud. Styrelsen vil således holde sig inden for de rammer for forhandling, som der blandt andet er givet vejledning om i en erklæring fra Rådet og Kommissionen...

...

Der vil derfor ikke blive afholdt egentlige kontrakts- eller prisforhandlinger, hvorfor tilbudsgivere bør drage omsorg for, at deres tilbud er således, at kontrakten i princippet vil kunne indgås uden forudgående drøftelser...

Det er derfor yderst hensigtsmæssigt, at tilbudene behandler alle relevante forhold, herunder navnlig angiver samtlige priser... på så detaljeret niveau som overhovedet muligt, og at tilbudene er præcise i enhver henseende.«

I udbudsbetingelserne var desuden bl.a. anført:

»8. Andre oplysninger

Styrelsen vil for at sikre en åben, effektiv og gennemsigtig konkurrence...gennemgå tilbudene ad 2 omgange:

1. Kvalitativ udvælgelse af tilbudsgivere

Ud fra en vurdering af de oplysninger, som er krævet... om virksomhedens egne forhold og dokumentation for teknisk og økonomisk formåen

til at kunne levere ydelsen...vil styrelsen vælge de (mest) kvalificerede tilbudsgivere.

2. Tildeling af ordre

...

Blandt de efter ovenstående udvalgte tilbudsgivere vælger styrelsen herefter det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra det samlede resultat af en vurdering af tilbud i forhold til de kriterier der er anført i udbudsbekendtgørelsen...

...

10. Tildelingskriterier

Der henvises til udbudsbekendtgørelsen...

Told- og Skattestyrelsen kan vælge at afvise samtlige indkomne tilbud.«

Forlaget Magnus, der var blandt de virksomheder, der havde rekvireret udbudsbetingelserne og bilagene til disse, stillede i november 2000 en række spørgsmål til Told og Skat om forståelsen af udbudsbetingelserne, og Told og Skat besvarede spørgsmålene i et notat af 22. november 2000, sags bilag 5. Fra dette notat kan nævnes:

»Spørgsmål 7

Tildelingskriterierne er ikke prioriteret. Er det ikke muligt at prioritere tildelingskriterierne?

Svar:

Tildelingskriterierne... indgår alle i vurderingen af tilbudene med henblik på at finde frem til det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Spørgsmål 8

Det er anført..., at tilbudsgiver ikke er berettiget til at afgive alternative tilbud, men kan tage forbehold overfor bestemmelserne i udkastet til kontrakt og kontraktsbilag. Skatteministeriet bedes oplyse, i hvilket omfang, der kan tages forbehold overfor bestemmelserne i udkastet til kontrakt og kontraktsbilag.

Svar:

Der er ingen begrænsninger i tilbudsgivers adgang til at tage forbehold overfor bestemmelserne i udkastet til kontrakt og kontraktsbilag.«

I en telefax af 24. november 2000 til Forlaget Magnus, sagens bilag B, udtalte Told og Skat:

»...

Styrelsen er blevet gjort opmærksom på, at udbudsbetingelsernes punkt 8.1, ordet (mest) kan give anledning til en vis usikkerhed, hvorfor ordet udgår af punkt 8.1.

Alle kvalificerede tilbud vil indgå i den endelige vurdering af tilbude-
ne...«

I et brev af 22. november 2000 til Told og Skat, sagens bilag 3, gjorde Forlaget Magnus gældende, at udbudet var i strid med EU's udbudsregler på nogle nærmere angivne punkter, dvs. i det væsentligste de punkter, som forlagets påstande under sagen for Klagenævnet angår. Der henvises i brevet bl.a. til, at udbudet ved en eventuel klage til Klagenævnet for Udbud var i overhængende risiko for at skulle gå om, og at Forlaget Magnus derfor i brevet havde gjort Told og Skat opmærksom på problemerne før tilbudsfristens udløb.

I et brev til Forlaget Magnus af 24. november 2000, sagens bilag 4, gav Told og Skat udtryk for, at udbudet ikke var i strid med de gældende regler, og at det derfor ville blive gennemført.

Der indkom tilbud fra en enkelt tilbudsgiver, J.H. Schultz Information A/S, og Told og Skat indgik derefter kontrakt med denne tilbudsgiver om opgavens udførelse fra 1. januar 2001. Tilbudet og kontrakten er fremlagt for Klagenævnet, men har bortset fra enkelte dele af tilbudet været holdt uden for aktindsigt for Forlaget Magnus i medfør af forvaltningslovens § 15, stk. 1.

Forlaget Magnus har under sagen for Klagenævnet nedlagt en række påstande, der med visse ændringer på baggrund af sagens oplysninger kan formuleres således:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, herunder Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved i udbudsbetingelsernes punkt 6, stk. 2 at give mulighed for, at tilbuds-

giverne kan tage forbehold over for bestemmelserne i udkast til kontrakt og kontraktbilagene.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, jf. stk. 1, litra a, ved i udbudsbekendtgørelsens punkt 16 at angive, at undertildelingskriterierne ikke er angivet i prioriteret rækkefølge.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 27, stk. 2, 2. punktum ved i udbudsbetingelsernes punkt 8, stk. 1, at angive, at indklagede vil »vælge de (mest) kvalificerede tilbudsgivere« under den kvalitative udvælgelse af tilbudsgivere.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med kravet i udbudsretlig praksis om, at en ordregiver alene kan vælge at afvise indkomne bud på basis af saglige grunde, når ordregiver i punkt 10 under tildelingskriterier har anført, at »Told- og Skattestyrelsen kan vælge at afvise samtlige indkomne tilbud«.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere det udbud, som sagen angår.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå aftale med J.H. Schultz Information A/S i anledning af det udbud, som sagen angår.

Påstand 7

(Angår opsættende virkning, se herom ovenfor i begyndelsen af kendelsen).

Påstand 8

Klagenævnet skal træffe afgørelse om, at indklagede er forpligtet til at erstatte klagers dokumenterbare tab i forbindelse med indklagedes overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet.

Påstand 9

Klagenævnet skal pålægge indklagede at lovliggøre udbudsforretningen ved at udbyde udbudet på ny.

Told og Skat har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har udsat sin afgørelse vedrørende erstatningspåstanden, dvs. påstand 8, på sin afgørelse vedrørende de øvrige påstande.

Der er afgivet forklaringer af redaktionschef Inger Toft og administrerende direktør Morten Arnberg, Forlaget Magnus, og af kontorchef Per Sørensen, Told og Skat.

Af forklaringerne fra Inger Toft og Morten Arnberg er fremgået: Som følge af klausulen om, at der kunne tages forbehold over for kontraktsudkastet sammenholdt med, at underkriterierne til tildelingskriteriet ikke var angivet prioriteret, følte man sig hos Forlaget Magnus helt usikker på, hvad det var, Told og Skat ønskede, og hvad Told og Skat ville lægge vægt på ved tildelingen af ordren. Der var en række punkter, på hvilke Forlaget Magnus kunne ønske at tage forbehold, men man kunne ikke på forhånd vide, hvilken vægt Told og Skat ville lægge på disse forbehold ved tildelingsbeslutningen. Man følte sig derfor usikker på, om man skulle undlade at tage forbehold med den deraf følgende konsekvens for tilbudsprisen, idet man kunne risikere, at Told og Skat valgte en anden tilbudsgiver, der havde taget forbehold med deraf følgende lavere tilbudspris. På nogle punkter ville Forlaget Magnus gerne tilbyde et højere kvalitetsniveau end angivet i udbudet, men man følte usikkerhed over for, hvorledes Told og Skat ville vægte noget sådant ved tildelingsbeslutningen. Man stillede derfor spørgsmålene til Told og Skat, om hvorledes adgangen til at tage forbehold skulle forstås, og om tildelingskriterierne ikke kunne prioriteres, men svarene afhjalp ikke usikkerheden. Forlaget Magnus fandt herefter, at det ville være at skyde i blinde at afgive tilbud, og at man ikke kunne afgive et tilfredsstillende tilbud på de givne betingelser. Endvidere kunne Forlaget Magnus ikke se, hvorledes Told og Skat kunne foretage en kvalificeret sammenligning af de afgivne tilbud. Konklusionen blev, at Forlaget Magnus afstod fra at afgive tilbud, selvom der var tale om en opgave af stor betydning for forlaget. I beslutningen om ikke at afgive tilbud indgik også, at man følte sig overbevist om, at udbudet ville gå om, efter at man havde påpeget problemerne over for Told og Skat.

Af Per Sørensens forklaring er fremgået: Told og Skat valgte at indsætte den omhandlede klausul om alternative tilbud og forbehold på baggrund af Konkurrencestyrelsens vejledning om udbud og for ikke at skræmme nogen tilbudsgivere væk ved urimelige krav i kontrakten. Begreberne alternative tilbud og forbehold skal forstås i overensstemmelse med Konkurrencestyrelsens vejledning, hvorefter et alternativt tilbud drejer sig om selve den udbudte opgaves indhold, medens tilbudsforbehold drejer sig om aftalens juridiske og økonomisk ramme, såsom betalingsfrister, ansvar, forsikring eller selve forståelsen af udbudsmaterialet.

Parterne har skriftligt og mundtligt redegjort for deres synspunkter.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Bemærkningen i udbudsbetingelserne om, at der kan tages forbehold over for bestemmelserne i kontraktsudkastet, kan sprogligt forstås sådan, at der kan tages forbehold over for samtlige elementer i den udbudte ydelse, idet kontraktsudkastet og de til dette hørende bilag angår samtlige elementer i udbudet. Den forståelse, der fremgik af Per Sørensens forklaring, dvs. at forbehold angår aftalens juridiske og økonomiske ramme såsom betalingsbetingelser m.m., fremgår ikke af udbudsbetingelserne. Told og Skat gav endvidere ikke oplysning om denne forståelse, efter at Forlaget Magnus havde spurgt, hvordan udbudsbetingelserne skulle forstås på det pågældende punkt, men svarede tværtimod, at der ikke var begrænsninger i adgangen til at tage forbehold over for bestemmelserne i udkastet til kontrakt og kontraktsbilag.

Som følge af de nævnte forhold har det været fuldstændig uklart, hvad der var udbudt, og Told og Skat har derved overtrådt det almindelige 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, hvad der er udbudt.

Ad påstandene 5, 6 og 9

Told og Skat bør på baggrund af Forlaget Magnus' advarsler før udbudets afslutning have været klar over risikoen for, at udbudet måtte gå om som følge af en klage til Klagenævnet for Udbud. Forlaget Magnus indsendte endvidere klagen til Klagenævnet kort efter Told og Skats meddelelse om, at udbudet fastholdtes, ligesom Forlaget Magnus begærede klagen tillagt opsættende virkning.

På denne baggrund og som følge af karakteren af den overtrædelse af udbudsreglerne, der er gjort rede for ovenfor ad påstand 1, tager Klagenævnet de her omhandlede påstande til følge, med hensyn til påstand 9 dog med formulering som i konklusionen nedenfor.

Ad påstand 2

Denne påstand har sammenhæng med påstand 1. Klagenævnet finder ikke anledning til at tage selvstændig stilling til påstanden på baggrund af, at nævnet har taget de centrale påstande, dvs. påstandene 1, 5, 6 og 9, til følge.

Ad påstand 3

Klagenævnet finder ikke anledning til at tage stilling til denne påstand, allerede fordi det, der klages over i påstanden, blev berigtiget før udbudets afslutning.

Ad påstand 4

Klagenævnet har i flere kendelser fastslået, at udbyderen af et EU-udbud kun kan annullere udbudet, hvis der er saglig grund hertil, og at en bestemmelse i udbudet om, at udbyderen forbeholder sig ret til at forkaste alle tilbud, derfor er i strid med EU's udbudsregler. Herefter, og da der ikke er fremkommet noget, som kan føre til andet resultat, tages påstanden til følge ved, at Klagenævnet konstaterer påstandens rigtighed.

Ad påstand 7

Er afgjort under sagens forberedelse.

Ad påstand 8

Er udsat på Klagenavnets afgørelse vedrørende de øvrige påstande og tages op efter afsigelsen af denne kendelse.

Herefter bestemmes:

Told- og Skattestyrelsen har handlet i strid med EU's udbudsregler ved i udbudsbetingelserne at give mulighed for, at tilbudsgiverne kunne tage forbehold over for bestemmelserne i udkast til kontrakt og kontraktbilagene.

Told- og Skattestyrelsen har handlet i strid med EU's udbudsregler ved i udbudsbetingelserne at angive, at man kunne vælge at afvise samtlige tilbud.

Told- og Skattestyrelsens beslutning om at gennemføre udbudet i den foreliggende form annulleres.

Told- og Skattestyrelsens beslutning om at indgå kontrakt med J.H. Schultz Information A/S på grundlag af udbudet annulleres.

I tilfælde af, at Told- og Skattestyrelsen fortsat ønsker den ydelse, som sagen angår, pålægges det Told- og Skattestyrelsen at lovliggøre udbudet ved at foretage et nyt udbud med en klar angivelse af, hvad der udbydes.

Told- og Skattestyrelsen skal i sagsomkostninger til Forlaget Magnus A/S i sagsomkostninger betale 25.000 kr., der skal betales inden 14 dage efter denne kendelses modtagelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes

Joan Bach

kontorfuldmægtig