

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Helle Bøjen Larsen, Erik Hammer)

J.nr.: 2008-0017371

20. maj 2009

K E N D E L S E

MFI Office Solutions Ltd.
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Udenrigsministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Michael Vindfeldt)

Den 7. januar 2009 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1-8. Denne kendelse vedrører klagerens påstande om erstatning. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 9

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 235.824,75 kr. med procesrente fra den 16. februar 2009.

Påstand 10

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 581.023,56 kr. med procesrente fra den 16. februar 2009.

Beløbet i påstand 9, der er uden moms, er udtryk for klagerens negative kontraktinteresse. Beløbet i påstand 10, der ligeledes er uden moms, dækker klagerens forøgede omkostninger som følge af, at den klagende virksomhed er beliggende i Kenya.

Indklagede har påstået frifindelse.

Klagerens krav svarer i påstand 9 til det beløb på 41.850 US Dollars, der er medgået til »tender preparation«.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 10 således:

Udgifter til dansk repræsentant/rådgiver	84.525,00 kr.
Udgifter til oversættelse	36.119,06 kr.
Udgifter til kenyansk advokat	140.975,00 kr.
Interne udgifter (internt tidsforbrug)	<u>319.504,50 kr.</u>
I alt	581.023,56 kr.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 9. januar 2009 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt udbudsreglerne således:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Copy Cat Ltd. i betragtning, uanset at dette tilbud var ukonditionsmæssigt, idet Copy Cat Ltd. ikke afgav tilbud på de udbudte laserjet printere, men derimod på inkjet printere.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Copy Cat Ltd. i betragtning, uanset at dette tilbud var ukonditionsmæssigt, idet Copy Cat Ltd. ikke afgav tilbud på den udbudte »maintenance contract«.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Copy Cat Ltd. i betragtning, uanset at dette tilbud var ukonditionsmæssigt, idet Copy Cat Ltd. havde angivet priserne i amerikanske dollars og ikke som fastsat i udbudsbetingelserne i Kenya Shillings (KES).

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved efter modtagelsen af til-

buddene at have ført forhandlinger med Copy Cat Ltd. og i den forbindelse at have indhentet tilbud på

Laserjet printere

Maintenance Contract

Den udbudte leverance i Kenya Shillings (KES)

samt efterfølgende at have ladet resultatet af disse forhandlinger indgå i tilbudsvurderingen.

Klagenævnet annullerede indklagedes beslutning af 14. april 2008 om at indgå kontrakt med Copy Cat Ltd.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved de pågældende overtrædelser af 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 erkendt ved de pågældende overtrædelser at have handlet ansvarspådragende over for klageren.

Ad erstatningskravet.

Klageren havde tillige nedlagt følgende påstande:

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at have afvist tilbuddet fra klageren med henvisning til, at klageren havde opnået mindre end 80 % af den maksimale score for så vidt angår de tekniske/kvalitative underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, uanset at dette ikke er en lovlig afvisningsgrund.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at have afvist tilbuddet fra klageren med henvisning til, at klageren havde opnået mindre end 80 % af den maksimale score for så vidt angår de tekniske/kvalitative underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, idet klagerens tilbud ved en objektiv og saglig vurdering ville have opnået minimum 80 % af den maksimale score for så

vidt angår de tekniske/kvalitative underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved på et usagligt grundlag at have forskelsbehandlet klageren og Copy Cat Ltd. i forbindelse med vurderingen af de afgivne tilbud i henhold til underkriteriet »Compliance with technical

Specifications«, idet Copy Cat Ltd. fik fuldt point for krav, der kun delvist er opfyldt eller opfyldt inden for en acceptabel afvigelse, mens klageren fik 0 point for sådanne krav.

Klagenævnet tog ikke disse påstande til følge og anførte i kendelsen af 9. januar 2009 herom:

»

Ad påstand 5

Den valgte evalueringsmodel er klart beskrevet i udbudsmaterialet. Der er ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Ad påstand 6 og 7

Klagenævnet har gennemgået de omhandlede evalueringsrapporter og sammenholdt dem med klagerens støttebilag. Gennemgangen giver ikke grundlag for at tage klagerens påstande til følge.«

Om klagerens annullationspåstand, påstand 8, anførte Klagenævnet i kendelsen af 9. januar 2009:

»Indklagede har taget tilbuddet fra Copy Cat Ltd. i betragtning, uanset at det på flere områder som erkendt var i strid med udbudsbetingelserne på ikke rent bagatelagtige områder. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Det kan ikke føre til andet resultat, at kontrakten er opfyldt, og at Klagenævnets kendelse på dette punkt derfor alene muligt kan få betydning under en eventuel sag om erstatning, jævnfør dog i den forbindelse det anførte ad påstand 6 og 7.«

Klageren har vedrørende påstand 9 gjort gældende, at indklagedes tilsidesættelse af grundlæggende udbudsregler har påvirket klagerens mulighed for at få overdraget den udbudte kontrakt, og at der derfor er årsagsforbindelse mellem indklagedes tilsidesættelse af udbudsreglerne og klagerens forgæves afholdte udgifter til afgivelse af tilbud. Det kan i den forbindelse ikke tillægges betydning, at klagerens tilbud ikke opnåede tilstrækkeligt mange point til at blive vurderet i henhold til priskriteriet (påstand 5, 6 og 7 i kendelsen af 9. januar 2009)

Klageren har vedrørende påstand 10 gjort gældende, at klageren, hvis virksomhed er beliggende i Kenya, har haft stærkt forøgede udgifter ved at skulle føre sagen for en dansk klageinstans. Såfremt klageren ikke kompenseres for disse udgifter, vil det være udtryk for overtrædelse af det grundlæggende EU-retlige forbud mod nationalitetsdiskrimination og af effektivitetsprincippet i udbudsreglerne. Klagenævnet bør desuden genoverveje det omkostningsbeløb, der blev fastsat ved kendelsen af 9. januar 2009.

Indklagede har vedrørende påstand 9 og 10 gjort gældende, at der ikke er årsagssammenhæng mellem de overtrædelser, som indklagede har begået, og klagerens forgæves afholdte udgifter til udarbejdelse af tilbuddet. Indklagede har henvist til Højesterets domme, gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 2004 side 1294 og 2005 side 1799. Indklagede har ifølge det, som er anført i kendelsen af 9. januar 2009 ad påstand 6 og 7, ikke handlet ansvarspådragende ved at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning, idet klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt. Allerede af den grund kan indklagede heller ikke tilpligtes at skulle betale erstatning til klageren. Indklagede har endvidere gjort gældende, at klagerens krav i påstand 9 og 10 i det hele er udokumenterede. Indklagede har endelig anført, at Klagenævnet ikke har hjemmel til at ændre det omkostningsbeløb, der blev fastsat ved kendelsen af 9. januar 2009. Denne kendelse er ikke indbragt for domstolene.

Klagenævnet udtaler:Ad erstatningsgrundlaget.

Indklagede har ved de overtrædelser af udbudsdirektivet, der er fastslået ad påstand 1 - 4, handlet på en sådan måde, at indklagede er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Som anført i Klagenævnets kendelse af 9. januar 2009 afskar det forhold, at kontrakten var gennemført, ikke Klagenævnet fra at annullere indklagede tildelingsbeslutning på grund af de grove overtrædelser ad påstand 1-4, uanset at kendelsen på det punkt muligt alene kunne få betydning for en eventuel påstand om erstatning. Klagenævnet tilføjede herefter: »jf. dog i den forbindelse det anførte ad påstand 6 og 7.«

Klagenævnet var og er således enig med indklagede i, at der uanset overtrædelsernes grovhed ikke er årsagsforbindelse mellem de ansvars-pådragende overtrædelser og klagerens forgæves afholdte udgifter til tilbudsudarbejdning. Klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, og indklagede kunne således ikke lovligt have taget dette tilbud i betragtning. Indklagedes påstand om frifindelse vedrørende påstand 9 tages derfor til følge. I konsekvens heraf tages allerede af den grund heller ikke påstand 10 helt eller delvist til følge.

Det bemærkes, som anført af indklagede, at Klagenævnet ikke har hjemmel til at genoverveje sin omkostningsafgørelse i kendelsen af 9. januar 2009.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Udenrigsministeriet, frifindes.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig