

K E N D E L S E

Billetlugen A/S
(advokat Andreas Christensen, København)

mod

Det Kongelige Teater
(Kammeradvokaten ved advokat Tom Holsøe)

Den 13. maj 2009 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1 – 5. Denne kendelse vedrører klagerens påstande om erstatning. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 6

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 523.440 kr. med procesrente fra den 11. december 2008.

Påstand 7 (subsidiær i forhold til påstand 6)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 523.440 kr. med procesrente fra den 11. december 2008.

Indklagede har påstået frifindelse.

Beløbet i påstand 6 er udtryk for klagerens negative kontraktinteresse.

Klageren har dels fremlagt en opgørelse delt op i »Foranalyse af udbudsmateriale«, »Udarbejdelse af tilbud« og »Projektledelse« med en totalsum på i

alt 523.440 kr., dels fremlagt en »fiktiv beregning over »omkostninger« forbundet med arbejdet« med følgende indhold:

JG	12 timer	24.000 kr.
PS	169,50 timer	56.481 kr.
JMJ	77 timer	51.758 kr.
SMF	100 timer	47.813 kr.
BB	105,5 timer	50.442 kr.
AKR	20,5 timer	8.561 kr.
A	60 timer	16.962 kr.
Ekstern bistand	2 fakturaer á 25.000 kr.	<u>50.000 kr.</u>
		306.017 kr.

Indklagede har størrelsesmæssigt bestridt beløbet i påstand 6.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 13. maj 2009 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbuddet har overtrådt udbudsreglerne således:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet) ved i forbindelse med evalueringen af klagerens tilbud at have tillagt det afgørende betydning, at klageren vedrørende 47 % af de opstillede krav vedrørende delkriteriet »funktionalitet« havde anført »3«, hvilket indebar, at klagerens tilbud på disse punkter ikke var opfyldt i klagerens eksisterende it-system, men ville være opfyldt til kontraktstart efter forudsat yderligere udvikling,

a) idet det ikke af udbudsmaterialet fremgik, at indklagede ville tillægge det afgørende betydning, at det tilbudte system allerede ved tilbudsafgivelsen opfyldte kravspecifikationen (anført med »1«), og

b) idet klageren ved sit tilbud indestod for, at samtlige krav ville være opfyldt ved kontraktstart.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den pågældende overtrædelse 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 gjort gældende, at den pågældende overtrædelse af udbudsreglerne ikke indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Klageren har gjort gældende, at klageren som følge af indklagedes ansvarspådragende adfærd har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med forgæves afholdt udgifter til udarbejdelse af tilbud, idet disse udgifter er påført klageren ved indklagedes ansvarspådragende overtrædelser af udbudsreglerne. Klageren har nærmere anført, at klageren ikke ville have afgivet tilbud, hvis klageren havde været vidende om, at evalueringen ville blive foretaget på den skete måde, da udviklingen af de efterspurgte funktioner, der ikke var til stede i klagerens eksisterende system, ville have medført for store omkostninger for klageren. Hvis Klagenævnet måtte finde det bevist, at klageren ikke ville have undladt at afgive tilbud, har klageren subsidiært gjort gældende, at klagerens tilbud ville have set markant anderledes ud, idet krav, der ikke var udviklet, ville være blevet udviklet. Hvis klageren havde været klar over, hvordan evalueringen ville blive foretaget, ville klagerens tilbud have set så anderledes ud, at der ville være tale om et helt andet tilbud. Omkostningerne forbundet med det faktiske fremsendte tilbud har således også i den henseende været afholdt forgæves.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er årsagssammenhæng mellem den konstaterede fejl og klagerens afholdelse af omkostninger til tilbudsafgivelse. Det var ikke forbundet med vanskeligheder for klageren at udvikle de manglende funktioner med henblik på opfyldelse af kravene på tidspunktet for tilbudsafgivelsen, og klageren ville have udviklet hele eller store dele af funktionaliteterne, såfremt klageren havde kendskab til, hvorledes indklagede ville bedømme delkriteriet »Functional Requirements«. Kontrakten havde så stor betydning for klagerens økonomiske og strategiske positionering, at klageren ikke ville have undladt at afgive tilbud, selvom klageren havde haft kendskab til, hvorledes indklagede faktisk bedømte de indkomne tilbud. Kun i tilfældet, hvor klageren helt ville have undladt at afgive tilbud, kan der konstateres at være årsagssammenhæng til et muligt tab, og det har således ikke betydning for bedømmelsen af spørgsmålet om årsagssam-

menhæng, om klagerens tilbud ville have set anderledes ud, såfremt klageren var klar over, hvordan indklagede ville foretage evalueringen.

Indklagede har videre gjort gældende, at klagerens beregning over »omkostninger« forbundet med klagerens arbejde med at udarbejde tilbud, viser et tab på 306.017 kr. og ikke det tab, som er omfattet af klagerens påstand på 523.440 kr. Det beregnede tab på 306.017 kr. er baseret på et skøn, og klageren har ikke løftet bevisbyrden for så vidt angår den mængde arbejde, som anføres at være præsteret.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Indklagede har ved den overtrædelse af Udbudsdirektivet, der er fastslået ad påstand 1, handlet på en sådan måde, at indklagede er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Da klageren traf beslutning om at afgive tilbud under udbuddet, kunne klageren ikke vide, at indklagede – i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 - under evalueringen af delkriteriet »Functional Requirements« ville lægge vægt på, om tilbudsgivernes eksisterende it-systemer allerede ved tilbuddets afgivelse opfyldte de 255 krav til systemets funktionalitet. Hvis klageren havde været bekendt med, at indklagede ikke ville foretage en lovlig evaluering af tilbuddene, er det overvejende sandsynligt, at klageren ville have undladt at afgive tilbud. Der er derfor årsagsforbindelse mellem den overtrædelse, der er anført ad påstand 1, og klagerens forgæves udgifter til udarbejdelse af tilbud.

På grundlag af klagerens opgørelse af sine udgifter vedrørende medarbejdernes tidsforbrug fastsætter Klagenævnet skønsmæssigt erstatningen til 300.000 kr.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Det Kongelige Teater, skal til klageren, Billetlugen A/S, betale 300.000 kr. med procesrente fra den 11. december 2008.

Indklagede skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 15.000 kr.

Beløbene skal betales inden 8 uger efter, at denne afgørelse er meddelt indklagede.

Indklagedes indbringelse af denne kendelse for domstolene inden 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt parterne, har opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8, stk. 2.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Helle Seidelin
kontorfuldmægtig