

K E N D E L S E

Willis Towers Watson I/S og Willis Limited
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

mod

DSB
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 049-113563 af 6. marts 2019, offentliggjort den 11. marts 2019, udbød DSB som udbud med forhandling efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en rammeaftale om forsikringsmægler- og forsikringsrådgiverydelser.

Ved udløbet af fristen for at afgive endeligt tilbud den 24. maj 2019 havde Willis Towers Watson I/S og Willis Limited ("Willis") og Marsh A/S ("Marsh"), som begge var blevet prækvalificeret, afgivet endelige tilbud. Den 12. juni 2019 besluttede DSB at indgå kontrakt med Marsh, og kontrakt blev herefter indgået den 12. juli 2019.

Den 25. juli 2019 indgav Willis klage til Klagenævnet for Udbud over DSB.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Willis har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved ikke at forkaste tilbuddet fra Marsh, uagtet at dette tilbud indeholdt forbehold over for et grundlæggende element.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at foretage en åbenbar fejlagtig kapitalisering af det forbehold, som var indeholdt i tilbuddet fra Marsh.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere DSB's beslutning af 12. juni 2019 om at tildele den udbudte kontrakt til Marsh.

Willis har tilkendegivet, at virksomheden senere agter at nedlægge påstand om erstatning.

DSB har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 6. marts 2019 indeholder følgende:

”...

II.1.4) Kort beskrivelse:

Med dette udbud ønsker DSB at indgå aftale med en økonomisk aktør om forsikringsmægler- og forsikringsrådgiverydelser især indenfor områderne:

- All risk,
- Produkt- og erhvervsansvar,
- Arbejdsskade,
- Cyber risk,
- Entreprise,
- D&O,
- Kriminalitet,
- Automobiler,
- Rejse,
- Advokatansvar,
- Transport,

- Projektforsikring,
- Professionelt ansvar.

DSB's forsikringsprogram beløber sig til ca. 41 000 000 DKK pr. år.

II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 3 500 000.00 DKK

...

I udbudsbetingelserne står der blandt andet:

”8. Kravkategorisering

Kravene i udbuddet er opdelt i følgende kategorier: Mindstekrav og Evalueringskrav. Kravkategoriseringen er forklaret neden for i afsnit 8.1- 8.2.

8.1. Mindstekrav

Mindstekrav fremgår af udbudsbilag 1, Aftalebilag 2, og er benævnt ”MK”. DSB gør opmærksom på, at anden formulering - fx ”skal” i udbudsmaterialet ikke i sig selv udgør et Mindstekrav. Alene når et krav er benævnt Mindstekrav eller MK, skal kravet eller forholdet anses for at udgøre et Mindstekrav.

Mindstekrav er ikke genstand for forhandling.

Tilbudsgiver opfordres til at opfylde alle Mindstekrav så tidligt som muligt. Manglende opfyldelse af Mindstekrav i INDOs medfører dog ikke, at tilbuddet anses for ukonditions-mæssigt, hvis DSB beslutter sig for at gennemføre forhandlinger. I så fald vil tilbuddet blive medtaget i forhandlingerne.

BAFO skal dog opfylde samtlige Mindstekrav for at være konditions-mæssig. BAFOs, som ikke opfylder samtlige Mindstekrav, vil blive anset for at være ukonditions-mæssig og vil derfor ikke blive taget i betragtning.

8.2. Evalueringskrav

Evalueringskrav fremgår af udbudsbilag 1, Aftalebilag 2, og er benævnt ”K”.

Evalueringskrav indgår som en del af DSBs evaluering af tilbudsgivers tilbud.

Evalueringskrav kan være genstand for forhandling og kan ændres af DSB i udbudsprocessen. DSB kan fx ændre indholdet af et Evalueringskrav eller ændre ”Evalueringskrav” til ”Mindstekrav”.

DSB kan også slette Evalueringskrav eller tilføje nye Evalueringskrav i udbudsprocessen og/eller i reviderede udbudsdokumenter.

Tilbudsgiver anmodes om at opfylde alle Evalueringskrav så tidligt som muligt. Tilbud, der ikke opfylder alle Evalueringskravene, vil dog ikke blive anset for ukonditionsmæssige, da opfyldelsen af Evalueringskravene udgør en del af evalueringen af tilbuddet, jf. afsnit 11.

8.3. Forbehold i BAFO

Tilbudsgiver kan i BAFO tage forbehold over for de af kontraktens bestemmelser, der ikke udgør grundlæggende elementer, eller som ikke er angivet som Mindstekrav. Er det ikke muligt for DSB at kapitalisere forbeholdene med tilstrækkelig sikkerhed, vil tilbudsgivers BAFO være ukonditionsmæssigt. DSB har dog under alle omstændigheder ret til at bortse fra BAFO, der indeholder forbehold.

DSB er forpligtet til at se bort fra tilbudsgivers BAFO, hvis dette indeholder forbehold over for grundlæggende elementer eller Mindstekrav.

Tilbudsgiver opfordres til at undgå forbehold og i stedet stille spørgsmål til udbudsmaterialet.

...

11. Evaluering

Tildeling af kontrakten vil ske til det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud vil blive identificeret ved at evaluere tilbuddene på baggrund af ”bedste forhold mellem pris og kvalitet udtrykt ved:

$(\text{Point for Pris} * \text{vægt}) + (\text{Point for Kvalitet} * \text{vægt}) = \text{Tilbuddets samlede pointscore}$ ”

Af udkast til aftale står blandt andet:

”11 Øvrige vilkår

Nærværende Aftale er, hvor andet ikke eksplicit fremgår af Aftalen, underlagt de vilkår og bestemmelser, der fremgår af Aftalebilag 5, DSB’s Standard Indkøbsbetingelser (konsulent).

Det er aftalt, at punkt 4 (Forsinkelsesbod) i Aftalebilag 5 ikke finder anvendelse på Aftalen.

Det er aftalt, at punkt 12 (Forsikring) i Aftalebilag 5 ændres som følger:
 ”Uden at konsulentfirmaets ansvar derved begrænses, forpligter konsulentfirmaet sig til at opretholde sædvanlige forsikringer hos et anerkendt forsikringsselskab, herunder en professionsansvarsforsikring, med forsikringssum på minimum 50 mio. DKK og opretholde disse forsikringer i hele Aftalens løbetid plus 2 år. Konsulentfirmaet skal på DSB’s forlangende til enhver tid kunne dokumentere forsikringens gyldighed på ovennævnte vilkår”.

DSB’s kravsspecifikation (aftalebilag 2) indeholder blandt andet:

”2 Mindstekrav

Krav-id	Krav-type	Krav	...
2.1	MK	<p>Fornyelse af forsikringsprogrammet</p> <p>En række policer udbydes i EU-udbud, og Konsulentfirmaet har en helt afgørende rolle i udbudsprocessen. Dels er det Konsulentfirmaets ansvar, at EU udbudsprocessen kører i henhold til den udarbejdede plan og gældende regelsæt på området.</p> <p>Dels har Konsulentfirmaet ansvar for a) udarbejdelse af udbudsmaterialet med assistance af DSB, b) afholdelse af virksomhedsdag hos DSB, c) forhandlinger med forsikringsselskaber, d) udpegning / anbefaling af vindende selskab(er) på et dokumentbart grundlag, e) sikring af al dokumentation omkring EU udbuddet.</p> <p>Yderligere er det Konsulentfirmaets opgave, at policerne i forbindelse med den årlige fornyelse (uden for udbud) kvalitetssikres og godkendes, således at DSB’s policer altid er opdateret med markedsstandarder, dækninger og i øvrigt er i overensstemmelse med indgåede aftaler med selskaberne.</p>	
2.2	MK	<p>Tegning af skræddersyet policer</p> <p>DSB tegner skræddersyede policer. F.eks. transport af angivet materiel, større entrepriseprojekter, projektforsikringer mv. Det er Konsulentfirmaets ansvar nøje at afdække DSB’s behov, således at DSB opnår de dækninger, som DSB har brug for. Det er DSB’s ansvar, at tilvejebringe</p>	

		de oplysninger mægler i den forbindelse har brug for.	
--	--	---	--

”

DSB's standard indkøbsbetingelser (aftalebilag 5) indeholder blandt andet:

”Erstatningsansvar

Parterne er erstatningspligtige over for hinanden efter dansk rets almindelige regler.”

Der blev under udbudsprocessen stillet spørgsmål. Af ”Spørgsmål og svar” af 23. april 2019 fremgår blandt andet:

”Emne

Spørgsmål til kontraktudkast

Spørgsmål

Betragtes det som diskvalificerende, hvis tilbudsgiver ønsker at indsætte en ansvarsbegæring i kontrakten?

Svar

Selve Aftalen ikke gjort til et mindstekrav, hvorfor tilbudsgiver kan tage forbehold overfor bestemmelser heri. DSB skal dog henvise til udbudsbetingelsernes afsnit 8.3 vedrørende forbehold i BAFO. Det kan tilføjes, at efter Klagenævnet for Udbuds praksis skal kapitalisering ske ud fra et ”worst case”-scenarie, således at det sikres, at den konkurrencefordel, en tilbudsgiver opnår ved at tage forbeholdet, elimineres.”

Af Marshs indledende tilbud (INDO) fremgik blandt andet:

”7 Marshs ansvar

Marsh er ansvarlig i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler.

Marshs ansvar er i ethvert tilfælde af såvel simpel med grov uagtsomhed begrænset til EUR 5 mio. pr. opgave, dog således at samlet erstatning ikke kan overstige EUR 10 mio. i et kalenderår.

Marsh har ikke ansvar for et indirekte tab, herunder tab af data, mistet fortjeneste, goodwill, image mv.”

I indkaldelsen til forhandlingsmøde med Willis fremgår under dagsordenen for mødet:

” ...

- ½ times præsentation af Willis Towers Watson om de vigtigste budskaber til DSB i tilbuddet og med særligt fokus på EU-udbud, all risk og produkt- og erhvervsansvar (ved Willis Towers Watson)
- Drøftelse af svagheder ved Willis Towers Watsons tilbud
- Den videre proces (ved DSB)
- Eventuelt

...”

Dagsordenen til forhandlingsmødet med Marsh er identisk.

I referatet fra forhandlingsmødet mellem DSB og Marsh den 9. maj 2019 står blandt andet:

”Søren gennemgik forbehold til aftalen: Ansvarsbegrænsning er problematisk i forhold til kapitalisering. Fortrolighed bør udgå, da det er reguleret i bilag 5. Databehandling vil formentlig blive reguleret i det reviderede udbudsmateriale. Øvrige ændringer til aftalen er acceptable for DSB.

Marsh: Der vil være en ansvarsbegrænsning i det endelige tilbud.”

I referatet fra forhandlingsmødet mellem DSB og Willis senere samme dag står blandt andet:

”Hvordan vil Willis sikre, at DSB’s udbud kommer til at fungere og DSB får de rigtige forsikringer?”

Den 12. juni 2019 tildelte DSB som nævnt kontrakten til Marsh.

Af Marshs endelige tilbud (BAFO) fremgår blandt andet:

”Vi forstår vigtigheden af DSB’s krav set i relation til de udfordringer, som DSB står over for som eksempelvis indkøb af nye tog og etablering af de 4 værksteder, hvor der er mange komplicerede forsikringsmæssige problemstillinger.

...

7

Marsh er ansvarlig i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler.

Marshs ansvar er i ethvert tilfælde af simpel uagtsomhed begrænset til EUR 20 mill. pr. opgave, dog således at samlet erstatning ikke kan overstige EUR 40 mio. i et kalenderår.

Marsh har ikke ansvar for et indirekte tab, herunder tab af data, mistet fortjeneste, goodwill, image mv.”

DSB kapitaliserede forbeholdet til 0 kr., og DSB's drøftelser og overvejelser i relation hertil blev efterfølgende dokumenteret i et notat af 20. juni 2019. Heraf fremgår:

”...

Baggrund

...

Tilbuddet fra Willis indeholder ingen forbehold overfor kontraktens ubegrænset ansvar, mens tilbuddet fra Marsh indeholder en ansvarsbegrænsning på 20 mio. EUR (svarende til 150 mio. kr.) for simpel uagtsomhed og udover simpel uagtsomhed er ansvaret ubegrænset.

Yderligere tager Marsh forbehold for indirekte tab.

Efter grundige overvejelser mellem Strategisk Indkøb og Finansiell Risikostyring blev det inden tildelingen besluttet, at Marsh's ansvarsbegrænsning skal kapitaliseres til 0 kr.

Formålet med dette notat er, at referere overvejelserne på evalueringsmøderne (fysiske og telefonmøder) på basis af kortfattede håndskrevne noter.

Ansvarsbegrænsningens størrelsesorden

Ansvarsbegrænsningen på 20 mio. EUR (150 mio. kr.) må anses at have en så betydelig størrelse, at der de facto er tale om ubegrænset ansvar, eftersom det ikke anses for muligt at opnå erstatning af denne størrelsesorden.

For det første er det tvivlsomt, hvorvidt der overhovedet har været erstatninger i Danmark af denne størrelse for skader, som en forsikringsmægler har forårsaget, idet dette formentligt ville have vakt opmærksomhed og være drøftet i de fora, som Finans- og risikostyring har adgang til. Bl.a. medlemskab af DARIM (Dansk industris risk management forening), FERMA (Federation of European Risk Management Association), konferencer og drøftelser med andre statsejede virksomheder.

For det andet har Asger Nørgaard (AN, DSB) i foråret 2018 en samtale med Suzanne Svendsen (SV, Marsh), hvor AN spørger til skader dels i mæglerbranchen dels for Marsh. Forespørgslen er foranlediget af, at DSB i sine EU-udbud skal oplyse skadesstatistikker, og AN finder på den baggrund, at det er interessant at få afdækket mæglerbranchens skaders. SV svarer, at hun ikke har kendskab til skader i branchen, da disse oplysninger ikke udveksles. SV oplyser at Marsh i Danmark ikke har haft store skader og ikke i størrelsesordenen 10 mio. EUR.

For det tredje har DSB med sikkerhed ikke haft skader med den udpegede forsikringsmægler siden 2010 og før dette tidspunkt er de nuværende medarbejdere ikke bekendt med nogen skader.

For det fjerde er kravet til summen på ansvarsforsikring relativ lavt i DSBs Aftale om Forsikringsmæglerydelser med Willis fra 2008, hvilket indikerer, at risikoen anses for relativ lav af begge parter. Willis og DSB indgik således aftale om forsikringssum på 10 mio. kr.

For det femte er ansvarsbegrænsningerne i forsikringsmæglerudbuddet i 2010 relativ beskedne, hvilket indikerer branchestandarden.

- Willis: Tilbud om Forsikringsmæglerydelser, 2010. Ansvarsbegrænsning på 25 mio. kr. pr. skade.
- Marsh: Tilbud om Forsikringsmæglerydelser, 2010. Ansvarsbegrænsning på 5 mio. EUR pr. skade for simpel og grov uagtsomhed.
- AON: Tilbud om Forsikringsmæglerydelser, 2010. Ansvarsbegrænsning på 30 mio. kr.

...

Med hensyn til forbehold for indirekte tab vurderes, at som følge af aftalens natur og danske domstoles generelle modvilje mod at erstatte indirekte tab, er det vurderet, at Marsh ikke opnår en konkurrencemæssig fordel af forbeholdet.

Bedømmelse af væsentlige risici

DSBs koncept i forhold til forsikringsmægleren er, at DSB er beslutningstager og forsikringsrådgiverens primære opgave er at tilvejebringe beslutningsgrundlaget og forhandle med forsikringsselskaberne på vegne af DSB. Mægler skal således beskrive styrker og svagheder i en løsning med henblik på, at DSB kan træffe en hensigtsmæssig beslutning.

Tegning af policer sker altid først efter DSB skriftligt har givet mægler instruks om, at policen skal tegnes på de aftalte vilkår.

Spørgsmålet er, hvorvidt mægler kan foranledige en skade ved fejlagtigt at have overset en svaghed i en police. Det kunne indebære, at DSB vælger en police, hvor en væsentlig dækning er undladt, som efterfølgende via en skade viser sig at være kritisk.

Det vurderes dog at være u gennemførligt at løfte bevisbyrden for at mægler er ansvarlig, eftersom det er DSBs opgave at beskrive forsikringsbehovet (typisk via et telefonmøde) og tilvejebringe oplysningerne til mægler, jf. udbudsmaterialet. Mægler er ikke en del af DSBs interne beslutningsproces eller bekendt med DSBs organisation. Mægler opnår oplysningerne via Finans- og Risikostyring, jf. udbudsmaterialet, som på DSBs vegne vælger og tegner policer. Dermed vil det nærmest være umuligt at afgøre, hvorvidt fejlen kan tilskrives mægler eller DSB.

I forbindelse med udbud følger Finans- og Risikostyring processen meget tæt og modtager løbende underretninger og dokumentation om processen, præmier og dækningsafvigelser af mægler. I den forbindelse bliver Finans- og Risikostyring bedt om at træffe en række beslutninger og valg af mægler. Dokumentationen arkiveres med henblik på forespørgsler fra primært Rigsrevisionen, løbende ekstern revision, intern revision og controllere. Det må anses for umuligt at afgøre, hvorvidt en fejl er begået af mægler eller af DSB, al den stund DSBs medarbejdere må anses at have den fornødne uddannelse og erfaring med forsikringer.

Spørgsmålet er dernæst, hvorvidt mægler kunne anbefale en for lav dækningssum og dermed forårsage en skade. Dækningssummerne bliver ikke anbefalet af mægler uden forudgående analyse. Mæglers opgave er sikre at den korrekte analyse og metode anvendes til fastlæggelse af dækningssum. Mægler deltager i analysen, men det er DSBs Finans- og Risikostyring opgave at bidrage til analysen med oplysninger og udfordre analysen i samspil med mægler. Forretningskendskabet ligger naturlig nok hos DSB. Yderligere indhenter Finans og Risikostyring typisk supplerende bidrag til dette hos forsikringsselskaberne. Mægler vil derfor ikke være ansvarlig for en for lav dækningssum.

Dermed vil indirekte tab heller ikke være relevant.

Endelig vurderes det, at Willis må bedømme risikoen for erstatning ved DSB's Aftale om Forsikringsmæglerydelser 2019 som lav, idet Willis ikke har stillet krav om ansvarsbegrænsning. Dette bestyrkes i at Willis før 2010 i en lang årrække var forsikringsmægler for DSB, og således er bekendt med risikoprofilen. Ligeledes har Willis for nuværende branchekendskab via deres London afdeling, jf. udbudsmaterialet.

...

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Willis har gjort gældende, at DSB har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets § 36, stk. 1, ved at tage Marshs tilbud i betragtning. I tilbuddet var der taget forbehold for det ansvar, som Marsh kan ifalde under den udbudte kontrakt, selvom udbudsgrundlagets manglende ansvarsbegrænsning var et grundlæggende element.

Udbudsgrundlaget indeholder alene en henvisning til, at parterne er ansvarlige i henhold til dansk rets almindelige regler, det vil sige uden en særskilt begrænsning. Det fremgår herudover af udkast til "Aftale om Forsikringsmæglerydelse", "11 Øvrige vilkår", at de fastsatte krav til tilbudsgivernes forsikringsdækning ikke indebærer en begrænsning af det ansvar, som påhviler tilbudsgiverne i medfør af kontrakten.

DSB's udtrykkelige opfordring i udbudsgrundlaget til, at tilbudsgiverne ikke tog forbehold, den manglende identifikation af ansvarsbegrænsning som forhandlingstema og DSB's svar på spørgsmålet om forbehold over for aftalegrundlaget efterlod alt sammen indtrykket af, at DSB betragtede ansvarsbestemmelsen som et grundlæggende vilkår, som det derfor ikke ville være muligt at tage forbehold overfor.

Desuden skal forbehold, som ikke kan prissættes, betragtes som forbehold over for grundlæggende elementer, jf. herved klagenævnets kendelse af 5. december 2017, Raunstrup Byggeri A/S mod Tårnby Kommune, og kendelse af 19. april 2016, Zøllner A/S mod Hundested Havn I/S og Halsnæs Kommune og udbudsbetingelsernes afsnit 8.3.

Det pågældende forbehold kan ikke med nogen grad af sikkerhed prissættes, allerede fordi DSB ikke vil kunne overskue konsekvenserne af forbeholdet og derved aldrig vil kunne udligne den fordel, som følger af forbeholdet. En ordregiver skal ved en kapitalisering sikre, at den tilbudsgiver, som har taget forbeholdet, ikke opnår en fordel. At dette også var DSB's udgangspunkt fremgår af referatet fra DSB's forhandlingsmøde med Marsh.

Det er ikke for nogen tilbudsgiver muligt at forsikringsdække et ubegrænset ansvar, hvilket er relevant i relation til spørgsmålet om kapitalisering, idet DSB ikke ville kunne kapitalisere en sådan risiko. Når forbeholdet tillades, konkurrerer tilbudsgiverne på et så forskelligt grundlag, at det ikke giver mening at sammenligne tilbuddene.

Bestemmelserne om krav om forsikringsdækning i den udbudte kontrakt er ikke relevante for vurderingen af rækkevidden af Marshs forbehold. Udbudsgrundlagets krav til forsikringsdækning indebærer ikke, at mægleren alene påtager sig et ansvar i overensstemmelse med de krævede dækningssummer, men at mægleren i en vis grad skal være forsikringsdækket.

Marshs begrænsning gør sig ikke kun gældende ved skader forvoldt ved simpel uagtsomhed. Ansvarsbegrænsningen vedrørende ”indirekte tab, herunder tab af data, mistet fortjeneste, goodwill, image mv.” er således ikke begrænset til tilfælde, hvor tabet er forvoldt ved simpel uagtsomhed.

Det er ikke udelukket, at et indirekte tab vil blive aktuelt. Rådgiver mægleren i strid med sit professionsansvar DSB om eksempelvis en for lav dækning, uanset om denne måles i forhold til de oplyste behov, markedet og risikoprofilen, påhviler ansvaret herfor mægleren. DSB's potentielle tab i sådanne sager vil være betydeligt, og DSB vil ikke kunne rette krav om erstatning af sådanne tab mod Marsh. Ved Marshs forbehold opnår virksomheden derfor en fordel i forhold til Willis.

DSB's opfattelse, hvorefter kapitaliseringen primært hviler på synspunktet om, at det reelt er DSB, der træffer beslutninger vedrørende forsikringsdækningen, og at det vil være bevismæssigt vanskeligt at placere et ansvar i forbindelse med fejl begået af forsikringsmægleren, er i strid med indholdet af udbudsbetingelsernes mindstekrav 2.1-2.2, hvorefter det er forsikringsmæglerens ansvar at rådgive DSB i overensstemmelse med den udbudte kontrakt. Det forhold, at DSB leverer faktuelle data og træffer beslutninger på grundlag af mæglerens rådgivning, fritager ikke mægleren for ansvar. DSB's spørgsmål på forhandlingsmødet om, hvordan Willis vil sikre, at DSB's udbud kommer til at fungere, og at DSB får de rigtige forsikringer, understøtter også, at rådgivningsansvaret ligger hos mægler.

Marshs forbehold udgør derfor et forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsgrundlaget, hvilket har som konsekvens, at tilbuddet ikke lovligt

kan tages i betragtning, jf. herved klagenævnets kendelse af 11. december 2017, Labflex A/S mod Bygningsstyrelsen og kendelse af 14. juli 2009, Updata Danmark A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune.

DSB har bestridt at have handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at tage tilbuddet fra Marsh i betragtning, idet Marshs ansvarsbegrænsning efter dansk rets almindelige regler konkret ikke udgør et forbehold overfor et grundlæggende element, og idet det har været muligt at kapitalisere ansvarsbegrænsningen.

DSB havde i udbudsbetingelsernes punkt 8.3 udtrykkeligt gjort det muligt for tilbudsgiverne at tage forbehold, herunder oplyst, at eventuelle forbehold ville blive kapitaliseret. Udbudsbetingelsernes afsnit 8.3 er udtryk for det ”almindelige udgangspunkt”, jf. herved klagenævnets kendelse af 26. november 2004, E. Phil & Søn A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen, påstand 6-7.

Hverken aftaleudkastet eller DSB’s standard indkøbsbetingelser var markeret eller beskrevet på en måde, der kunne indikere deres status af mindstekrav. I forbindelse med ”Spørgsmål og svar” forud for forhandlingsmøderne havde DSB derimod informeret tilbudsgiverne om, at det ville være muligt at tage forbehold for blandt andet aftalevilkåret om ansvarsforholdene.

Hverken udbudsbetingelsernes afsnit 6 (om forhandlingsforløbet), udbudsmaterialet i øvrigt eller mødeindkaldelserne indeholder beskrivelser af specifikke emner eller temaer til forhandling, men derimod et afsnit om, at DSB under forhandlingerne ville drøfte svaghederne ved de modtagne tilbud.

I DSB’s forsikringsmæglerudbud fra 2010 var der også indsat et krav til den sædvanlige erhvervsmæssige forsikring, men her var kravet til forsikringssummens størrelse væsentlig mindre, jf. kendelse af 22. februar 2012, Willis Danmark mod DSB. Den forsikringsmæssige forøgelse i 2019-udbuddet i forhold til 2010-udbuddet understøtter, at de ansvarsmæssige forhold ikke er grundlæggende, idet der nu er en særdeles betydelig forsikringsdækning mellem parterne også.

I 2010-udbuddet stod der i DSB's standardbetingelser, at "Parterne er erstatningspligtige over for den anden Part efter dansk rets almindelige regler". Denne formulering tog Willis et forbehold for i 2010, hvilket DSB accepterede, og det blev hverken problematiseret af Willis, de dengang øvrigt deltagende tilbudsgivere eller klagenævnet i kendelsen af 22. februar 2012. Også Marsh og AON Denmark A/S tog i udbuddet i 2010 forbehold overfor dansk rets almindelige regler om erstatningsansvar, hvilket understøtter, at sådanne forbehold må anses for helt almindelige i forsikringsmæglerbranchen.

I kendelsen af 22. februar 2012 gjorde Willis gældende, at ansvarsbegrænsningen over for dansk rets almindelige regler om erstatningsansvar skulle have været kapitaliseret. Det kan udledes af kendelsen, at ingen, heller ikke klagenævnet, betragtede forbeholdet som et forbehold over for et grundlæggende element, og klagenævnet lagde vægt på, at DSB i udbudsbetingelserne og i "Spørgsmål og svar" havde anført, at der kunne tages forbehold over for DSB's standard indkøbsbetingelser, og at disse forbehold ville blive genstand for kapitalisering.

Udgangspunktet med et erstatningsansvar, der følger dansk rets almindelige regler, er ikke udtryk for et aktivt valg af et ubegrænset ansvar. Det er sædvanligt, at ordregiveren ikke fastlægger en specifik ansvarsbegrænsning. Det konkrete udbudsmateriale, den tilrettelagte og gennemførte udbudsproces, aftalens indhold, ordlyd, ydelser og kontekst, de faktiske forhold og markedsituationen generelt understøtter dette synspunkt.

Klagenævnet for Udbud har i flere kendelser beskrevet, hvornår et krav anses for at være et grundlæggende element, jf. herved blandt andet kendelse af 11. december 2017, Labflex A/S mod Bygningsstyrelsen og kendelse af 1. februar 2018, ABB A/S mod Trafikselskabet Movia. Det er således afgørende, hvor økonomisk byrdefuldt et krav er. Henset til at forsikringsmæglerudbud generelt ikke indeholder en betydelig risiko for forsikringsmæglerne og navnlig ikke i det konkrete udbud, hvor DSB har en stor og meget betydelig indflydelse på forsikringsmæglernes arbejde, kan erstatningsansvaret i DSB's standard indkøbsbetingelser ikke anses for at udgøre et økonomisk byrdefuldt krav.

Udbuddet og aftalens karakter taler imod at anse aftalevilkåret om dansk rets almindelige regler som et grundlæggende element, jf. herved særligt klagenævnets kendelse af 16. januar 2006, MT Højgaard mod Danmarks Radio, påstand 4 og 6.

Forsikringsmæglerens primære funktion i den udbudte aftale er at tilvejebringe input til et beslutningsgrundlag for DSB. Rammerne for dette arbejde fastlægges af DSB, som er den endelige beslutningstager. Som beskrevet i udbudsbekendtgørelsen skal forsikringsmægleren "blot" bistå DSB med udbud af forsikringspolicer og tegning af skræddersyede policer osv. Det er i sidste ende DSB, der træffer de afgørende beslutninger, hvilket medfører, at DSB ikke efterfølgende ansvarsmæssigt vil kunne bebrejde forsikringsmægleren forhold, som DSB har taget stilling til.

Med udgangspunkt i ansvarsbegrænsningens størrelse kan Marsh ikke anses for at have opnået en uberettiget konkurrencefordel gennem forbeholdet eller væsentligt fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgiverne, fordi ansvarsbegrænsningen de facto udgør et ubegrænset ansvar i den konkrete sammenhæng, særligt idet Marshs begrænsning kun gør sig gældende ved skader forvoldt ved simpel uagtsomhed. Risikoen for en konkurrencefordel er yderligere mindsket ved den sædvanlige erhvervsmæssige forsikring, som er krævet og beskrevet i aftaleudkastets afsnit 11.

Ved DSB's forhandlingsmøde med Marsh havde virksomheden i det indledende tilbud taget et forbehold med en ansvarsbegrænsning svarende til niveauet for 2010-udbuddet. Hertil oplyste DSB, at ansvarsbegrænsningen i forbeholdet ville kunne give udfordringer i forbindelse med kapitaliseringen. Det betød ikke, at forbeholdet ville kunne være problematisk i forhold til konditionsmæssighed. Andre af forbeholdene anbefalede DSB skulle udgå, mens ansvarsbegrænsningen skulle kapitaliseres.

Det må ud fra udbuddets beskaffenhed og natur anses for usandsynligt, at der vil kunne opstå indirekte tab. Dermed vil denne del af ansvarsbegrænsningen heller ikke udgøre en uberettiget konkurrencefordel, idet ingen af DSB's tilbudsgivere vil kunne blive ansvarlig over for indirekte tab i den konkrete sammenhæng.

At Willis som følge af udbudsgrundlagets ubegrænsede ansvar har været nødt til at ”dække ansvaret af” med egne midler, fordi det ikke er muligt at forsikringsdække et ubegrænset ansvar, viser, at Willis har kunnet prissætte/kapitalisere erstatningsansvaret. Willis har således internt prissat erstatningsansvarsrisikoen i forbindelse med tilbudsafgivelse. På samme måde har det også været muligt for DSB at prissætte Marshs konkrete ansvarsbegrænsning henset til, at DSB har en stor erfaring med forsikringsmæglerens arbejde og risiko.

Ad påstand 2

Willis har gjort gældende, at DSB i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, har foretaget en åbenbart fejlagtig kapitalisering af forbeholdet i tilbuddet fra Marsh.

I det omfang en kapitalisering af et forbehold kan ske, skal forbeholdet kapitaliseres sådan, at kapitaliseringen med sikkerhed fjerner den fordel, som en tilbudsgiver ellers ville få ved at tage forbeholdet, jf. herved blandt andet klagenævnets kendelse af 26. januar 2018, Securitas A/S mod Midttrafik I/S. Bevisbyrden for, at forbeholdet er kapitaliseret korrekt, påhviler DSB, jf. herved klagenævnets kendelse af 5. december 2017, Raunstrup Byggeri A/S mod Tårnby Kommune, og det er i den forbindelse i strid med ligebehandlingsprincippet at inddrage tilbudsgiveren i kapitaliseringen, jf. herved klagenævnets kendelse af 16. december 2004, Brunata A/S mod Aalborg Boligselskab af 1956, afd. 8 m.fl.

DSB's beslutning om at kapitalisere forbeholdet i tilbuddet fra Marsh til 0 kr. hviler primært på de elementer, som fremgår af notatet af 20. juni 2019, men DSB's overvejelser afspejler ingen grad af sikkerhed. Det er desuden åbenbart, at forsikringsmæglere ikke har interesse i at drøfte eventuelle ikke-offentliggjorte erstatningssager i fora, hvor også potentielle kunder, herunder DSB, deltager. DSB's henvendelse til Marsh i forbindelse med klagesagen og svaret fra Marsh er irrelevant i forhold til klagenævnets vurdering, idet klagenævnet må forholde sig til den viden, som DSB havde, da beslutningen om at kapitalisere forbeholdet til 0 kr. blev truffet. DSB's skadeshistorik, herunder med Marsh, er ikke nødvendigvis retvisende for risikoen under den udbudte kontrakt, idet DSB står over for flere større projekter.

En ansvarsforsikring i en aftale fra 2008 er irrelevant i forhold til vurdering af risikoen under den udbudte kontrakt.

Det konkrete udbud adskiller sig både i tid og indhold fra 2010-udbuddet.

Willis har i relation til spørgsmålet om erstatning for indirekte tab, herunder eksempelvis for lav dækningssum, henvist til fem eksempler, hvoraf to fra Danmark, som udspringer af simpel uagtsomhed. DSB valgte at påtage sig risikoen for eventuelle indirekte tab i strid med udbudsgrundlaget og til fordel for Marsh. Henset til, at den udbudte kontrakt blandt andet indebærer forsikringsdækning af aktiver/værdier, som langt overstiger den ansvarsbegrænsning, som Marsh har indføjet i kontrakten, er det slet ikke udelukket, at Marsh kan ifalde et erstatningsansvar, som overstiger tilbuddets ansvarsbegrænsning.

DSB har gjort gældende, at DSB med rette har foretaget en kapitalisering af Marshs forbehold, og at den konkrete kapitalisering til 0 kr. er sket korrekt på et sagligt og korrekt grundlag.

Ved DSB's konkrete prissætning af Marshs forbehold er der taget udgangspunkt i 1) de omfattende erfaringer evalueringsgruppen har med markedet og aftaletypen, 2) den viden DSB havde fra tidligere udbud og samarbejder med forsikringsmæglere, 3) den risiko der reelt set er for en forsikringsmægler i et professionelt samarbejde for at ifalde erstatningsansvar, 4) de skader og dækninger, som DSB har haft under sine løbende forsikringsforhold, samt 5) de helt konkrete skader som forsikringsmæglere tidligere har haft i Danmark.

DSB har herudover taget hensyn til, at udkastet til aftale fastlagde et niveau for den vindende tilbudsgivers ansvarsforsikring på 50 mio. kr., hvilket i sig selv er fastlagt under hensyntagen til det absolutte, maksimale skadesniveau, som DSB skønnede kunne opstå eller blive relevant under et samarbejde med en forsikringsmægler.

Kapitaliseringen af forbeholdet vedrørende det indirekte tab er også korrekt og sagligt begrundet, da tilbudsgivere inden for forsikringsmæglerudbud ikke anses for at kunne blive ansvarlige for indirekte tab, idet det anses som umuligt, at en tilbudsgiver i et udbud som det omhandlende ville skulle indkøbe en forsikring til at dække sådanne indirekte tab. Det konkrete udbud er etableret på en sådan måde, at DSB altid vil have indflydelse på og beslutning

om dækningssummerne, hvorfor mægler ikke vil kunne blive ansvarlig for eksempelvis en for lav dækningssum.

Kapitaliseringen af et forbehold skal altid være et udtryk for ordregivers forsvarelige og skønsmæssige vurdering af, hvilken ydelse ordregiver får med et forbehold sammenholdt med, hvilken ydelse ordregiver ville få uden et forbehold. Hvis den faktiske ydelse er den samme, vil den skulle fastsættes til 0 kr. DSB har under evalueringen skønnet ud fra en række helhedsorienterede og relevante parametre, at DSB aldrig vil kunne komme i en situation, hvor Marshs forbehold vil medføre, at DSB står i en anden situation, end hvis forbeholdet ikke havde været der. Dette skøn er baseret på et sagligt, objektivt, erfaringsbaseret og forsvarligt skøn med udgangspunkt i både det konkrete udbud og det konkrete marked.

Selv hvis en forsikringsmægler inden for sit simple ansvar skulle være ansvarlig for, at en forsikring ikke var tegnet eller ikke havde et relevant dækningsområdet og omfang, ville de allerstørste skader, DSB har oplevet, kunne rummes flere gange inden for den ansvarsbegrænsning, som Marsh har medtaget i sit tilbud.

DSB har i forbindelse med denne sag på ny rettet henvendelse til Marsh, som har oplyst, at Marsh ikke er bekendt med, at der nogensinde i Danmark har været skader, der overstiger eller nærmer sig ansvarsbegrænsningen på EUR 20 mio., at Marsh aldrig har haft skader, der oversteg den aftalte ansvarsbegrænsning på EUR 20 mio., at Marsh største skade siden 2004 har været på EUR 5 mio., og at Marshs seneste skade i øvrigt ikke oversteg et beløb på 500.000 kr. Dette understøtter validiteten i de eksterne markedsoplysninger, som DSB inddrog under evalueringen. Willis fem eksempler ændrer ikke herpå.

Der er ikke en garanti for, at der aldrig har været eller hypotetisk kunne opstå en situation, som hypotetisk kunne føre til skader af en vis størrelse i Danmark, men det kan med DSB's erfaringsgrundlag og DSB's netværks erfaringsgrundlag konstateres, at sådanne skader aldrig har foreligget. Det er helt givet, at hvis der i markedet opstår skader som følge af eksempelvis et mæglersamarbejde, ville forholdet være kendt.

Det har været sagligt og relevant at inddrage DSB's skadeshistorik, idet det potentielle skadesomfang i 2019-udbuddet ikke er større end tidligere. Eksempelvis har der forud for 2019-udbuddet været indkøb af IC4-togene, DSB's rolle i Signal-programmet, DSB's indkøb af lokomotiver som led i Fremtidens Tog, salg af markante ejendomme (f.eks. på Kalvebod Brygge) og totalrenoveringer af stationer (f.eks. Østerport Station).

DSB har i relation til kapitaliseringen af forbeholdet blandt andet henvist til U2011.1955H, klagenævnets kendelse af 16. december 2004, Brunata A/S mod Aalborg Boligselskab, kendelse af 11. december 2017, Labflex mod Bygningsstyrelsen, og kendelse af 16. januar 2006, MT Højgaard A/S mod Danmarks Radio.

Ad påstand 3

Willis har gjort gældende, at det følger af det, som er gjort gældende til støtte for påstand 1 og 2, at DSB's tildelingsbeslutning af 12. juni 2019 er behæftet med sådanne retlige mangler, at beslutningen skal annulleres.

DSB har gjort gældende, at det følger af det, DSB har anført til støtte for påstand 1 og 2, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Påstanden vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Marshs forbehold over for ansvarsbegrænsningen i DSB's standard indkøbsbetingelser var i overensstemmelse med udbudsgrundlaget, herunder om Marshs forbehold kunne kapitaliseres.

Klagenævnet har ikke i kendelsen af 22. februar 2012 i påstand 26, som også vedrører et forbehold over for DSB's daværende standardbetingelser, hvorefter "Parterne er erstatningspligtige over for den anden Part efter dansk rets almindelige regler", forholdt sig til en identisk eller tilsvarende problemstilling.

Det fremgik af udbudsmaterialets afsnit 8.1 og 8.2, at forhold markeret som "MK" eller "Mindstekrav" skulle anses som sådan. Af afsnit 8.3 fremgik, at tilbudsgiverne kunne tage forbehold over for de af kontraktens bestemmelser,

der ikke udgjorde grundlæggende elementer, eller som ikke var angivet som mindstekrav, herunder at tilbud ville være ukonditionsmæssige, såfremt det ikke var muligt for DSB at kapitalisere et forbehold med tilstrækkelig sikkerhed. DSB opfordrede herudover tilbudsgiverne til at undgå forbehold og i stedet stille spørgsmål til udbudsmaterialet.

Af DSB's standard indkøbsbetingelser (aftalebilag 5) fremgik, at "Parterne er erstatningspligtige over for hinanden efter dansk rets almindelige regler."

I forbindelse med "Spørgsmål og svar" af 23. april 2019 oplyste DSB:

"Selve Aftalen [er] ikke gjort til et mindstekrav, hvorfor tilbudsgiver kan tage forbehold overfor bestemmelser heri. DSB skal dog henvise til udbudsbetingelsernes afsnit 8.3 vedrørende forbehold i BAFO. Det kan tilføjes, at efter Klagenævnet for Udbuds praksis skal kapitalisering ske ud fra et "worst case"-scenarie, således at det sikres, at den konkurrencefordel, en tilbudsgiver opnår ved at tage forbeholdet, elimineres."

Udbudsbetingelsernes afsnit 8.1-8.3 sammenholdt med "Spørgsmål og svar" af 23. april 2019 afskar således ikke tilbudsgiverne fra at forhandle om udbudsgrundlagets manglende ansvarsbegrænsning.

Det er derimod i den foreliggende situation og efter karakteren af Marshs forbehold afgørende, om forbeholdet har kunnet prissættes tilstrækkeligt præcist. DSB har bevisbyrden for, at prissætningen udligner den fordel, som Marsh har fået ved at tage forbeholdet.

Marshs forbehold lød i det endelige tilbud således:

"Marshs ansvar er i ethvert tilfælde af simpel uagtsomhed begrænset til EUR 20 mill. pr. opgave, dog således at samlet erstatning ikke kan overstige EUR 40 mio. i et kalenderår.

Marsh har ikke ansvar for et indirekte tab, herunder tab af data, mistet fortjeneste, goodwill, image mv."

Den udbudte aftale vedrører forsikringsmægler- og forsikringsrådgiverydelser bl.a. inden for områderne all risk, produkt- og erhvervsansvar, arbejds-skade, cyber risk, entreprise, D&O, kriminalitet, automobiler, rejse, advokatansvar, transport, projektforsikring og professionelt ansvar.

DSB har som begrundelse for at kapitalisere forbeholdet til 0 kr. henvist til sit notat af 20. juni 2019 og konkluderet, at forbeholdet reelt var uden betydning og udtryk for et ubegrænset ansvar. I prissætningen ligger således efter DSB's opfattelse ikke, at forbeholdet ikke *kunne* prissættes.

Klagenævnet lægger vægt på, at spørgsmålet om ansvarsbegrænsning er indgået under forhandlingerne, og at Marsh herefter ikke har frafaldet sit forbehold, men kun har ændret det som beskrevet. Dette giver ikke mening, såfremt forbeholdet var helt uden reel betydning.

Vanskeligheden ved at prissætte det pågældende forbehold for ansvarsbegrænsningen skyldes blandt andet, at konsekvenserne ved forbeholdet er svære – reelt helt umulige – at forudse. Herudover indebærer den udbudte kontrakt forsikringsdækning af aktiver og værdier, som væsentligt overstiger den ansvarsbegrænsning, som Marsh har indføjet i kontrakten.

På denne baggrund har DSB ikke løftet sin bevisbyrde for, at forbeholdet kan prissættes. Forbeholdet må derfor anses for grundlæggende, og tilbuddet fra Marsh var derfor ukonditionsmæssigt. Ved at tildele kontrakten til Marsh har DSB derfor handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Det forhold, at DSB ikke hidtil har oplevet erstatningssager eller har kendskab til erstatningssager i Danmark i et omfang, der overstiger Marshs ansvarsbegrænsning, kan ikke føre til et andet resultat.

Ad påstand 3

Efter klagenævnets konstatering af overtrædelsen i påstand 1, tager nævnet påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge, jf. påstand 3.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

DSB har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved ikke at forkaste tilbuddet fra Marsh, uagtet at dette tilbud indeholdt forbehold over for et grundlæggende element.

Ad påstand 3

DSB's beslutning af 12. juni 2019 om at indgå kontrakt med Marsh A/S annulleres.

DSB skal i sagsomkostninger til Willis Towers Watson I/S og Willis Limited betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Tanja Rosendahl Bøtke
fuldmægtig