

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Helle Bøjen Larsen, Gorm K. Elikofer)

J.nr.: 04-37.538

1. marts 2005

K E N D E L S E

BN Produkter Danmark A/S
(advokat Poul Mortensen, Vejle)

mod

Odense Renovationsselskab A/S
(advokat Hans Henrik Banke, Odense)

Den 2. september 2004 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, påstand 1-4 og spørgsmål 5-7. Denne kendelse vedrører BN Produkter Danmark A/S's erstatningspåstande. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 4. februar 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 8

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 106.357,45 kr. med procesrente fra 13. januar 2004.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 2. september 2004 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelserne vedrørende indkøb af »minicontainere i glasfiber i størrelserne 400 liter, 600 liter og 800 liter med 4 hjul« at stille krav om, at tilbudene skulle være vedlagt DS/EN dokumenter og figurer (skitser) vedrørende »DS/EN 840-2 Mobile

affaldsbeholdere; Del 2: Beholdere med 4 hjul og fladt låg med kapacitet fra 550-1200 liter til tap- og/eller kamløfteanordning«, »DS/EN 840-5 Mobile affaldsbeholdere; Del 5: Prøvningsmetoder og krav til ydeevne« og »DS/EN 840-6 Mobile affaldsbeholdere; Del 6: Sikkerheds- og sundhedskrav«, uagtet der ikke inden for DS/EN systemet er lavet afprøvninger af minicontainere i glasfiber.

Spørgsmål 5

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at afvise tilbudet fra Joca A/S vedrørende »beholdere i plast i størrelser mellem 130/140 liter, 180/190 liter og 210/240 liter med to hjul«, uagtet dette tilbud ikke som foreskrevet i udbudsbetingelserne var vedlagt DS/EN dokumenter og figurer (skitser) vedrørende »DS/EN 840-1 Mobile affaldsbeholdere; Del 1: Beholdere med 2 hjul med kapacitet fra 80-390 liter til kamløfteanordning«, »DS/EN 840-5 Mobile affaldsbeholdere; Del 5: Prøvningsmetoder og krav til ydeevne« og »DS/EN 840-6 Mobile affaldsbeholdere; Del 6: Sikkerheds- og sundhedskrav«.

Spørgsmål 6

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at afvise tilbudet fra klageren vedrørende »beholdere i plast i størrelser mellem 130/140 liter, 180/190 liter og 210/240 liter med to hjul«, uagtet dette tilbud ikke som foreskrevet i udbudsbetingelserne var vedlagt DS/EN dokumenter og figurer (skitser) vedrørende »DS/EN 840-1 Mobile affaldsbeholdere; Del 1: Beholdere med 2 hjul med kapacitet fra 80-390 liter til kamløfteanordning«, »DS/EN 840-5 Mobile affaldsbeholdere; Del 5: Prøvningsmetoder og krav til ydeevne« og »DS/EN 840-6 Mobile affaldsbeholdere; Del 6: Sikkerheds- og sundhedskrav«.

Klageren har alene gjort gældende, at indklagede ved overtrædelsen af EU-udbudsreglerne som anført i påstand 1 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 bestridt, at den pågældende overtrædelse af EU-udbudsreglerne indebærer, at indklagede efter de almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede som udbyder efter Indkøbsdirektivets artikel 8, stk. 1, sammenholdt med stk. 3, har pligt til i udbudsbetingelserne at henvise til gældende tekniske specifikationer, hvis der findes sådanne normer for den pågældende vare, og at indklagede som følge heraf var forpligtet til at henvise til »DS/EM 840-normerne«. Indklagede har videre gjort gældende, at normerne »DS/EM 840-2 Mobile affaldsbeholdere; Del 2: Beholdere med 4 hjul og fladt låg med kapacitet 550-1200 liter til tap- og/eller kamløfteanordning«, »DS/EN 840-5 Mobile affaldsbeholdere; Del 5: Prøvningsmetoder og krav til ydeevne« og »DS/EN 840-6 Mobile affaldsbeholdere; Del 6: Sikkerheds- og sundhedskrav« finder anvendelse på de »Minicontainere i glasfiber«, som indklagede udbød den 22. august 2002. Indklagede har endvidere gjort gældende, at den omstændighed, at disse fastsatte krav til den udbudte ydelse er strenge og vanskelige at dokumentere opfyldt, ikke er til hinder for, at indklagede i udbudsbetingelserne kunne henvise til disse krav. Indklagede har endelig gjort gældende, at klagerens vanskeligheder ved at opfylde kravene alene skyldtes, at klageren i stedet for at producere affaldscontainere, der var konstrueret til at opfylde de pågældende krav, valgte at afgive tilbud på selskabets standardcontainere, der ikke var konstrueret i henhold til normerne, og som derfor ikke opfylder normerne. Det følger heraf, at indklagede ikke har handlet ansvarspådragende over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Klageren har opgjort sit krav i påstand 8 således:

1. Positive udgifter i forbindelse med klagerens afgivelse af tilbud vedrørende »B. Minicontainere i glasfiber i størrelserne 400 liter, 600 liter og 800 liter med 4 hjul«:	
Regning af 23. december 2002 fra Teknologiske Institut inkl. moms.	107.488,70 kr.
Regning af 28. september 2003 fra Teknologiske Institut inkl. moms.	<u>15.743,75 kr.</u>
	123.232,45 kr.
Indklagede har betalt	<u>- 62.500,00 kr.</u>
	60.732,45 kr.

- | | |
|---|--|
| 2. Internt timeforbrug hos BN Produkter A/S Bitten –
vedr. kommunikation med Teknologisk Institut og
indklagede, direktør Bose Nielsen 25 timer á 500 kr.
inkl. moms | 15.625,00 kr. |
| 3. Endnu ikke fakturerede eksterne omkostninger, her-
under ikke afregnet advokathonorar i forbindelse
med forhandlinger med indklagede og med indkla-
gedes repræsentanter anslået inkl. moms | <u>30.000,00 kr.</u>
106.357,45 kr. |

Klageren har gjort gældende, at klageren har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med de forgæves afholdte såvel eksterne som interne udgifter, som virksomheden som følge af indklagedes krav om tilvejebringelse af DS/EN dokumenter og figurer (skitser) vedrørende minicontainerne i glas-fiber havde under udbudet.

Indklagede har vedrørende post 1 gjort gældende, at affaldsindsamling såvel i Danmark som i andre EU-lande er en offentlig opgave, som væsentligst varetages af offentlige myndigheder, og at indklagede derved ved sit salg affaldscontainere må være forberedt på, at de offentlige myndigheder i forbindelse med udbudene forud for deres anskaffelse af materiel stiller krav om, at de tilbudte varer skal opfylde anerkendte normer, herunder DS/EN 840-normen. Klagerens afprøvning af sine affaldscontainere hos Teknologisk Institut er derfor et naturligt led i klagerens produktudvikling, og de udgifter, der har været forbundet med denne afprøvning, er derfor ikke et tab for klageren, men udgør derimod et aktiv for klageren, som efter Årsregnskabslovens § 33, stk. 1, kan optaget som et aktiv på klagerens regnskab. Indklagede har endvidere gjort gældende, at klageren ikke har opfyldt sin tabsbegrænsningspligt, idet klageren uden at undersøge markedet lod Teknologiske Institut foretage undersøgelsen, uagtet Teknologisk Institut var uerfaren på dette område, og således bl.a. ikke havde det nødvendige udstyr m.v. til at foretage testen, hvilket medførte, at klagerens udgift til afprøvning blev markant større end den udgift, som Joca A/S, der fik kontrakten, havde til afprøvning.

Indklagede har vedrørende post 2 gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at selskabet har haft ekstra lønomkostninger i den pågældende periode, og heller ikke har ført bevis for, at klageren har haft indtægtstab som følge af, at indklagede på grund af det aktuelle udbud har været afskåret fra at varetage andre indtægtsgivende opgaver.

Indklagede har vedrørende post 3 gjort gældende, at klagerens omkostninger til advokat er omkostninger, som ikke kan kræves erstattet udover de tilkendte sagsomkostninger ved behandlingen af sagen for Klagenævnet.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Som anført i Klagenævnets kendelse af 2. september 2004 ad påstand 1 fastslog Klagenævnet på det grundlag, som da forelå for Klagenævnet, at DS/EN 840-2 normerne for »mobile affaldsbeholdere« »Del 2: Beholdere med 4 hjul og fladt låg med kapacitet 500-1200 liter til tap-og/eller kamløfteanordning«, »Del 5: Prøveordningsmetoder og krav til ydeevne« og »Del 6: Sikkerheds- og sundhedskrav« ikke vedrører minicontainere i glasfiber, og at det derfor ikke ville være muligt at foretage afprøvning efter disse normer og give godkendelse efter disse normer af de minicontainere i glasfiber, som indklagede ønskede at anskaffe gennem udbudet.

Klageren har oplyst, at normerne for mobile affaldsbeholdere er udarbejdet i andre europæiske lande som gældende for affaldsbeholdere i plast og metal, som er de almindeligt anvendte materialer i disse lande, og at disse normer derefter efterhånden er blevet godkendt som nationale normer i disse lande og nu også som normer gældende i hele EU. Klageren har endvidere oplyst, at produktionen af affaldscontainere i glasfiber efter klagerens opfattelse overvejende eller udelukkende sker i Danmark, bl.a. hos BN Produkter Danmark A/S, og at der ikke i forbindelse med denne produktion er udarbejdet hverken nationale normer eller normer gældende for EU.

Indklagede har under sagens fortsættelse vedrørende erstatningsspørgsmålet fortsat gjort gældende, at de pågældende normer kan anvendes på minicontainere i glasfiber, og at klageren således efter gennemførelsen af en test efter disse normer kunne have opnået godkendelse efter disse normer. Indklagede har imidlertid ikke til støtte for dette anbringende tilvejebragt yderligere tekniske oplysning om normerne og deres relation til henholdsvis containere i plast og metal og containere i glasfiber.

På dette grundlag fastholder Klagenævnet sin konklusion i kendelsen at 2. september 2004, og den pågældende overtrædelse at Indkøbsdirektivet indebærer, bl.a. på baggrund at det oplyste om klagerens henvendelse til indklagede under udbudet vedrørende det pågældende tvivlsspørgsmål, at indklagede har handlet ansvarspådragende over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Ad post 1

Klageren anmodede Teknologisk Institut om at foretage en afprøvning af klagerens minicontainere i glasfiber i forbindelse med sin afgivelse af tilbud under indklagedes udbud med henblik på at fremskaffe den dokumentation, som indklagede havde fastholdt at kræve af tilbudsgiverne, og når det som anført af Klagenævnet lægges til grund, at minicontainere i glasfiber ikke kan afprøves efter de normer, som indklagede foreskrev, er klagerens udgift til den pågældende afprøvning en udgift for klageren forårsaget af indklagedes ansvarspådragende adfærd i forbindelse med overtrædelsen af EU-udbudsreglerne (påstand 1). Udgiften er endvidere påregnelig for indklagede. Ved fastsættelsen af erstatningen tillægger Klagenævnet det ikke betydning, at klageren muligt efterfølgende har haft eller kan få gavn af Teknologisk Instituts afprøvning ligesom Klagenævnet heller ikke tillægger det betydning, at klageren i den pågældende situation, hvor der var tidspres, ikke undersøgte muligheder for at få prøven foretaget andre steder end hos Teknologisk Institut. Klageren har derfor krav på en yderligere erstatning på 60.732,45 kr.

Ad post 2

Der er ikke grundlag for at give klageren erstatning for interne omkostninger, da det pågældende arbejde er en del af den arbejdsindsats, der er forbundet med at drive den erhvervsvirksomhed, som klageren driver.

Ad post 3

Da Klagenævnet ved de 2 kendelser fastsætter beløb til dækning af klagerens omkostninger ved klagesagens behandling, er der ikke grundlag for at give klageren en selvstændig erstatning vedrørende disse udgifter.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Odense Renovationsselskab A/S, skal til klageren, BN Produkter Danmark A/S, betale 60.732,45 kr. med procesrente fra den 13. januar 2004.

Indklagedes 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.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach

kontorfuldmægtig