

Klagenævnet for Udbud

(Erik Kjærgaard, Jørgen Egholm, Gorm Kildahl Elikofer)

J.nr.: 05-97.232/

2005-0002370

21. september 2007

K E N D E L S E

Joca Trading A/S

(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

Renosyd I/S

(advokat Tina Braad, Århus)

Den 5. september 2006 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen (påstand 1- 27). Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstande om erstatning (påstand 28-30), indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstandene. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet skriftligt.

Klageren har nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 28

Indklagede skal til klageren betale 756.930,08 kr. (erstatning af positiv opfyldelsesinteresse) med procesrente fra den 7. februar 2005.

Påstand 29 (subsidiær i forhold til påstand 28)

Indklagede skal til klageren betale et beløb mindre end 756.930,08 kr. med procesrente fra den 7. februar 2005.

Påstand 30 (mere subsidiær i forhold til påstand 28)

Indklagede skal til klageren betale 270.420 kr. (erstatning af negativ kontraktinteresse) eller et efter Klagenævnets skøn fastsat mindre beløb med procesrente fra den 7. februar 2005.

Indklagede har påstået frifindelse for betaling af det i påstand 28 krævede beløb og har med hensyn til påstand 29 og påstand 30 nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse mod betaling af mindre beløb end de påståede.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 28 (og påstand 29) således:

I ALT

Det forventede antal solgte affaldsbeholdere	16.785 stk.
Salgspris pr. stk.	
Avance pr. stk.	
Mistet omsætning beregnet på grundlag af salgspriser, hvori indgår eksterne købs- og materialeudgifter, fragt-udgifter og arbejdslønninger	<u>4.001.600,00 kr.</u>
Avance	767.082,60 kr.
Rabat ydet af klageren	<u>-10.152,52 kr.</u>
Mistet nettoavance (som nærmere angivet i bilag 53)	<u>756.930,08 kr.</u>

Klageren har opgjort sit krav i påstand 30 således:

Klagerens tidsforbrug under udbudsproceduren og klagesagen, omkostningerne herved og øvrige udgifter i forbindelse med afgivelse af tilbud som nærmere angivet i bilag 56	<u>270.420 kr.</u>
---	--------------------

Ad erstatningsgrundlaget

Ved kendelsen af 5. september 2006 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, ved at tage tilbudet af 15. august 2004 fra Humus ApS i betragtning, uanset at tilbudet, der omfattede beholdere med en faktisk størrelse på 135 l, ikke opfyldte de volumenkrav, der var fastsat i udbudsbetingelsernes Kontraktbilag 1: Specifikation afsnit 2.1. »Antal beholdere« samt Kontraktbilag 2: Tilbudsliste afsnit 1. »Tilbudsliste« og afsnit 2.1. »Tilbud på levering af stan-

dard affaldsbeholdere monteret med chip« kategori »140 l«, og som var grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, ved at tage tilbudet af 15. august 2004 fra Humus ApS i betragtning, uanset at tilbudet, der omfattede beholdere med en faktisk størrelse på 759 l, ikke opfyldte de volumenkrav, der var fastsat i udbudsbetingelsernes Kontraktbilag 1: Specifikation afsnit 2.1. »Antal beholdere« samt Kontraktbilag 2: Tilbudsliste afsnit 1. »Tilbudsliste« og afsnit 2.1. »Tilbud på levering af standard affaldsbeholdere monteret med chip« kategori »800 l«, og som var grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, ved at tage tilbudet af 13. august 2004 fra Norba A/S i betragtning, uanset at tilbudet, der omfattede beholdere med en faktisk størrelse på 500 l, ikke opfyldte de volumenkrav, som var fastsat i udbudsbetingelsernes Kontraktbilag 2: Tilbudsliste afsnit 1. »Tilbudsliste« og afsnit 2.1. »Tilbud på levering af standard affaldsbeholdere monteret med chip« kategori »400 l«, og som var grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, ved at tage tilbudet af 13. august 2004 fra Norba A/S i betragtning, uanset at tilbudet, der omfattede beholdere med en faktisk størrelse på 770 l, ikke opfyldte de volumenkrav, som var fastsat i udbudsbetingelsernes Kontraktbilag 1: Specifikation afsnit 2.1. »Antal beholdere« og Kontraktbilag 2: Tilbudsliste afsnit 1. »Tilbudsliste« og afsnit 2.1. »Tilbud på levering af standard affaldsbeholdere monteret med chip« kategori »800 l«, og som var grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne

Påstand 9

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, ved at tage tilbudet af 13. august 2004 fra H.E.W. A/S i betragtning, uanset at tilbudet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes Kontrakt afsnit 5. »Betaling og prisregulering«, som var grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Påstand 10

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, ved den 30. august 2004 at opfordre de tilbudsgivere, hvis tilbud indklagede havde taget i betragtning ved vurderingen af tilbudene den 18. august 2004, til at afgive tilbud på beholdere i kategorierne »500 l«, »660 l« og »770 l«.

Påstand 13

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved at fastsætte i udbudsbetingelsernes Kontrakt afsnit 3 »Kontraktgrundlag«, at den mest vidtrækkende passus altid gælder, hvis der opstår uoverensstemmelser mellem de enkelte dokumenter, som kontrakten refererer til, og at indklagede i tvivlstilfælde afgør, hvilken formulering der er gældende.

Påstand 15

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved angivelsen af ordrens omfang i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.1. »Samlet mængde eller omfang« og punkt II.2.2. »Optioner. Angiv, hvornår de kan gøres gældende« sammenholdt med fastsættelsen af leverancens omfang i udbudsbetingelsernes Kontraktbilag 1: Specifikation afsnit 2.1 »Antal beholdere« og Kontraktbilag 2: Tilbudsliste afsnit 2.1 »Tilbud på levering af standard affaldsbeholdere monteret med chip«.

Påstand 23

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, ved ved vurderingen den 2. september 2004 af tilbudene at beregne forkerte point og pointtotaler.

Påstand 24

Indklagede har – i) ved at kontrahere med Humus ApS allerede 4 dage efter udløbet af fristen den 16. august 2004 for oprindelige tilbud, og ii) ved senere på ny at kontrahere med Humus ApS allerede på datoen for udløbet af fristen for indgivelse af reviderede tilbud den 2. september 2004 – gjort det umuligt for Klagenævnet i henhold til Klagenævnslovens § 6, stk. 2, at tillægge klagerens klage opsættende virkning i forhold til indklagedes beslutning om kontrahering af den udbudte kontrakt.

Påstand 25

Indklagedes beslutning af 30. august 2004 om at annullere den oprindelige tilbudssammenligning af 18. august 2004 annulleres.

Påstand 27

Indklagedes beslutning af 2. september 2004 om at indgå kontrakt med Humus ApS annulleres.

Klageren har nærmere anført:

Ad ansvarsgrundlaget

Klageren har sammenfattende gjort gældende, at indklagede ved de af Klagenævnet konstaterede og af indklagede erkendte overtrædelser af EU-udbudsreglerne havde handlet på en sådan måde, at indklagede efter dansk rets almindelige erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Indklagede har med henvisning til Klagenævnets kendelse af 5. september 2006 anerkendt, at det fornødne ansvarsgrundlag er til stede, men bestridt, at de øvrige almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt.

Ad erstatningskravet (påstand 28 og 29)

Klageren har vedrørende den principale påstand 28 og den subsidiære påstand 29 gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om det udbudte indkøb, eller at dette i hvert fald er overvejende sandsynligt, og at klageren derfor har krav på en erstatning, der enten fuldt ud eller i hovedsagen svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren har nærmere anført, at indklagede lovligt kunne tildele den udbudte kontrakt til klageren på grundlag af indklagedes udbudsbetingelser, og at det var klageren, som efter afvisningen af tilbudet fra Humus ApS som ikke-konditionsmæssigt afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klageren har bestridt, at klagerens tilbud ikke skulle være konditionsmæssigt, fordi klageren ikke i sit tilbud ved fremlæggelse af overensstemmelseserklæring dokumenterede, at de af klageren tilbudte beholdere i kategorierne 400 l og 800 l var »i overensstemmelse med opfyldelsen af DS/EN 840 standarden«.

Beholderne i de udbudte kategorier 400 l, 600 l og 800 l er ikke omfattet af nogen af standarderne i DS/EN 840-serien.

Der skal derfor ikke dokumenteres overensstemmelse med betingelserne for certificering i henhold til de nævnte standarder.

Indklagedes standpunkt hvorefter, at indklagede alene var berettiget til at udbyde affaldsbeholdere, som kunne være omfattet af en af standarderne i DS/EN 840-serien, bestrides.

Det fastholdes, at indklagede alene var forpligtet til at henvise til disse standarder i det omfang, standarderne korresponderede med de af indklagede udbudte beholderkategorier, jf. Indkøbsdirektivets art. 8.

Det gøres gældende, at den upræcise angivelse i udbudsbetingelserne og i udbudsbekendtgørelsen af de udbudte mængder hverken i sig selv eller i sammenhæng med de øvrige af indklagede foretagne tilsidesættelser af udbudsreglerne kan føre til, at indklagede skulle være uberettiget til at tildele den udbudte kontrakt til klageren.

Årsagssammenhæng

Klagenævnet tog i sin kendelse af 5. september 2006 klagerens påstand 1 og påstand 2 til følge.

Indklagede var derfor uberettiget til at tage tilbudet fra Humus ApS af 15. august 2004 i betragtning under tilbudssammenligningen den 18. august 2004.

Endvidere tog Klagenævnet påstand 3 og påstand 4 samt påstand 9 til følge.

Indklagede var således heller ikke berettiget til at tage tilbudene af 13. august 2004 fra Norba A/S og HEW A/S i betragtning under tilbudssammenligningen den 18. august 2004.

Klagenævnet tog endelig påstand 25 til følge.

Klageren gør gældende, at indklagedes tilbudssammenligning af 18. august 2004 og grundlaget herfor var i overensstemmelse med udbudsreglerne, jf. klagerens anbringender under punkt 1 ovenfor.

Indklagede vurderede under tilbudssammenligningen den 18. august 2004, at Humus ApS afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud med 45 vægtede point, efterfulgt af klageren med 37 vægtede point, Norba A/S med 27 vægtede point samt HEW A/S og Bøllingtoft ApS med hver 26 vægtede point.

Blandt disse tilbud var indklagede kun berettiget til at tage tilbudene fra klageren og Bøllingtoft ApS i betragtning under tilbudssammenligningen den 18. august 2004.

På dette grundlag gør klageren gældende, at klageren afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud med 37 point, idet tilbudet fra Bøllingtoft ApS kun fik tildelt 26 vægtede point.

Der består den fornødne årsagssammenhæng mellem den af indklagedes uberettigede tildeling af den udbudte kontrakt til Humus ApS og det at klageren konstaterede tab ved ikke at have fået tildelt den udbudte kontrakt, uanset at klageren forud for indklagedes tilbudssammenligning den 18. august 2004 afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, der samtidig var konditionsmæssigt.

Adækvans

Det gøres gældende, at klagerens tab var en påregnelig følge af indklagedes uberettiget tildeling af den udbudte kontrakt til Humus ApS.

Tabsopgørelse

Det er under Klagenævnets behandling af hovedsagen dokumenteret, at indklagede indgik aftale med Humus ApS den 2. september 2004 om levering af de udbudte affaldsbeholdere. Klageren har i øvrigt henvist til det tidligere anførte.

Indklagede har nærmere anført (påstand 28 og 29):

Det anerkendes, at det fornødne ansvarsgrundlag er til stede.

I øvrigt gøres gældende,
at klagerens tilbud er afgivet på et så uklart grundlag, at indklagedes udbudsbetingelser og de i den forbindelse modtagne tilbud ikke har kunnet danne grundlag for evaluering og dermed en lovligt udbudt kontrakt,
at det modtagne tilbud fra klageren var ukonditionsmæssigt,
at indklagedes fravigelse af DS/EN840 standarden udgjorde en sådan ulovlig teknisk specifikation, at udbudsbetingelserne også af denne grund ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling af den udbudte kontrakt,
at klageren derfor ikke lovligt kunne tildeles kontrakten på grundlag af indklagedes udbud og det af klageren afgivne tilbud,
at der derfor ikke er årsagssammenhæng mellem de af indklagede begåede ansvarspådragende fejl og den manglende tildeling af kontrakten til klageren.

Det fremgår klart af indklagedes delvise annulation af det i øvrigt ulovlige udbud samt forklaringerne for Klagenævnet for Udbud, at indklagede, hvis indklagede ikke havde modtaget det urigtige råd om en delvis annulation fra sin rådgiver, ville have annulleret udbudet fuldt ud. Bevæggrunden for indklagedes delvise annulation af udbudet var således indklagedes vurdering af, at det oprindelige udbudsmateriale og de oprindelige tilbud ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling af den udbudte kontrakt.

Det fremgår iøvrigt af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. september 2006 ad påstand 25, at det ville have været sagligt at annullere udbudet.

Klageren har derfor ikke, uanset om udbudet i øvrigt kunne danne grundlag for en lovlig tildeling af den udbudte kontrakt, dokumenteret, at klageren i mangel af den ulovlige tildeling/de af indklagede begåede ansvarspådragende fejl ville have fået tildelt den udbudte kontrakt. Tværtimod viser indklagedes delvise annulation, at dette ikke ville have været tilfældet.

Opgørelse af klagerens tab

Klagerens tab i det hele er udokumenteret, hvorfor indklagede ikke kan tage stilling hertil.

Ad påstand 30

Klageren har gjort gældende, at klageren i hvert fald har krav på at få dækket sit tab i forbindelse med de forgæves afholdte udgifter i forbindelse med, at virksomheden under udbudet afgav tilbud og at klageren således har krav på erstatning af den negative kontraktinteresse, idet

- klageren alene er blevet påført disse omkostninger som følge af indklagedes omfattende og væsentlige tilsidesættelser af udbudsreglerne,
- indklagede under klagesagen i adskillige tilfælde har afgivet forkerte eller mangelfulde oplysninger om tilbudte priser, mængder og leverancer samt faktiske forhold, og dermed påført klageren et betragteligt mertidsforbrug,
- klagesagen har strakt sig over et ganske betragteligt tidsrum, siden klagens indgivelse den 7. februar 2005 til Klagenævnets kendelse den 5. september 2006, efterfulgt af klagesagens erstatningsdel, som først forventes afsluttet i løbet af foråret 2007, og
- klageren selv har måttet foretage gennemgang af indklagedes mange bilag i klagesagen, hvoraf flere har været mangelfulde.

Indklagede har vedrørende den mere subsidiaire påstand 30 anført:

Årsagssammenhæng

Der kræves årsagssammenhæng mellem de af indklagede begåede fejl og den manglende tildeling af kontrakten til klageren.

De af indklagede begåede overtrædelser af udbudsreglerne skal følgelig direkte have haft indflydelse på klagerens mulighed for at få tildelt den udbudte kontrakt. Dette understreges af Klagenævnets kendelser af blandt andet 3. februar 2005, Sammenslutningen af Glatføre bekæmpende Vognmænd i Nordjyllands Amt ApS mod Nordjyllands Amt, og af 24. marts 2003, Restauratør Villy Antonsen mod Aars Kommune, der begge afviste erstatning på grund af manglende årsagssammenhæng. I sidstnævnte kendelse blev erstatning afvist som følge af, at klagerens tilbud under alle omstændigheder var ukonditionsmæssigt.

Indklagede fastholder, at klagerens tilbud ikke var konditionsmæssigt og derfor ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling af den udbudte kontrakt, da klager ikke havde vedlagt dokumentation, f.eks. i form af en overensstemmelseserklæring, for, at de af klageren tilbudte beholdere alle opfyldte de relevante DS/EN 840-standarder.

Klageren fastholder således, at erstatningsbetingelserne ikke er opfyldte allerede af den grund, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, og at der derfor ikke består den fornødne årsagssammenhæng, jf. Klagenævnets kendelse af 24. marts 2003, Restauratør Villy Antonsen mod Aars Kommune.

Tabsopgørelse

Det følger af Klagenævnets hidtidige praksis, at en forbigået tilbudsgiver kan kræve erstatning for de direkte omkostninger, tilbudsgiveren har haft i forbindelse med udarbejdelse af tilbudet.

Klagerens tilbud består udover tilbudslisten overvejende af standardproduktredegørelser samt brochurer med beskrivelse og fotos af beholderne. Tilbudet har af den grund ikke karakter af et specifikt og individuelt udarbejdet tilbud i anledning af indklagede udbud, hvorfor det må formodes, at klageren i forbindelse med udarbejdelsen af dele af tilbudet har opnået en ikke ubetydelig tidsbesparelse. Set i lyset af indholdet af det af klager afgivne tilbud, forekommer det af klageren opgjorte tidsforbrug ikke realistisk.

Endvidere skal den tid, som klageren har anvendt til f.eks. drøftelser og forhandlinger med leverandører, i et betydeligt omfang henregnes til klagerens almindelige virksomhedsdrift, herunder generelt til brug for udarbejdelse af tilbud. Klagerens tilbud omfatter således udelukkende de beholdertyper, som klageren generelt markedsfører.

Ved kendelse af 1. marts 2005, BN Produkter Danmark A/S mod Odense Renovationsselskab A/S, fandt Klagenævnet, at der ikke var grundlag for at erstatte interne omkostninger i form af tidsforbrug ved tilbudsgivningen, da arbejdet var en del af den arbejdsindsats, der var forbundet med at drive virksomhed.

Kendelsen må forstås således, at kun omkostninger, der udelukkende står i direkte forbindelse med den konkrete tilbudsudarbejdelse, og som således ikke har betydning for den erstatningssøgendes generelle virksomhedsdrift, kan kræves erstattet.

Klageren måtte under alle omstændigheder have været indstillet på at afholde forgæves omkostninger, jf. Klagenævnets kendelse af 22. november 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told- og Skattestyrelsen.

På baggrund heraf gør indklagede sammenfattende gældende, at klageren alene er berettiget til erstatning for de omkostninger, der direkte har været forbundet med udarbejdelse af det konkrete tilbud, og som ikke kan henregnes til klagerens almindelige virksomhedsdrift.

Erstatningen skal iøvrigt reduceres skønsmæssigt, da klageren selv i tilfælde af et lovligt gennemført udbud havde risiko for at afholde forgæves omkostninger i tilfælde af, at klageren ikke havde fået tildelt kontrakten.

I relation til klagerens eget tidsforbrug i anledning af klagenævns sagen henviser indklagede til det ovenfor anførte samt de anførte kendelser, idet indklagede supplerende skal bemærke, at der i dansk ret ikke er tradition for eller hjemmel til - udover ved tillæg af sagsomkostninger - at erstatte en klagerens/sagsøgerens interne omkostninger ved førelse af en sag. Sådanne omkostninger er hverken dækket af den negative kontraktinteresse, der udelukkende omfatter udgifterne til afgivelse af tilbud, eller den positive opfyldelsesinteresse, der omfatter en mistet fortjeneste.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

At en udbyder tilsidesætter EU-udbudsretlige foreskrifter, indebærer ikke, at udbyderen derved uden videre har pådraget sig erstatningsansvar overfor tilbudsgiverne under udbudet. Ansvarsgrundlaget foreligger alene, hvis det kan fastslås, at den eller de pågældende overtrædelser af EU-udbudsreglerne er en handling (eller undladelse), som bedømt efter dansk rets almindelige erstatningsregler medfører erstatningsansvar.

Som det fremgår af Klagenævnets kendelse af 5. september 2006, har indklagede under udbudet gjort sig skyldig i de i kendelsen fastslåede overtrædelser af Indkøbsdirektivet samt flere handlinger i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip.

Klagenævnet for Udbud finder, at de konstaterede overtrædelser af EU-udbudsreglerne har en sådan karakter og et sådant omfang, at indklagede – som også erkendt af denne – har handlet ansvarspådragende overfor klageren.

Ad erstatningskravet:

Efter en samlet vurdering af det materiale, der har været forelagt Klagenævnet, herunder tilbudene fra de i Klagenævnets kendelse nævnte andre tilbudsgivere og tilbudet fra klageren finder Klagenævnet det tilstrækkeligt godtgjort, at klageren – hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne – ville have fået tildelt kontrakten.

Dansk rets øvrige almindelige betingelser med hensyn til årsagssammenhæng, påregnelighed og tabsbegrænsning findes opfyldt.

Klagenævnet tager herefter påstand 29 til følge for et beløb, der skønsmæssigt fastsættes som nedenfor bestemt.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Renosyd I/S, skal til klageren, Joca Trading A/S, betale 650.000 kr. med procesrente fra den 7. februar 2005.

Indklagedes skal i yderligere sagsomkostninger til klageren betale 50.000 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.

Erik Kjærgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig