

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Niels Henriksen, Trine Heidemann Garde)

J.nr.: 03-226.271

20. august 2004

K E N D E L S E

Miri Stål A/S

(advokat K. Dalsgaard Hansen, Brovst)

mod

Esbjerg Kommune

(selv)

Den 20. februar 2004 afsagde Klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne i sagen, klagerens påstand 1 – 4. Klagenævnet besluttede efter modtagelsen af klagen at udskyde behandlingen af klagerens påstand 5 om erstatning, indtil Klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande. Denne kendelse vedrører erstatningspåstanden. Spørgsmålet om erstatning har været behandlet på et møde den 16. juni 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 5

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.667.644 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra 16. oktober 2003.

Klageren har opgjort sit krav i påstand 5 således:

1. Mistet fortjeneste ved levering af 5.000 affaldsstativer, avance 33,3 % af tilbudsbeløbet 3.130.000 kr.	1.042.290 kr.
2. Mistet fortjeneste ved yderligere levering af 3.000 affaldsstativer, avance 33,3% af samme pris som angivet i tilbud	<u>625.374 kr.</u>
I alt	1.667.664 kr.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 20. februar 2004 konstaterede Klagenævnet, at indklagede under udbudet har overtrådt EU-udbudsreglerne således:

Ad påstand 1:

Indklagede Esbjerg Kommune har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at tage tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik og Varmgalvanisering i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelserne, idet de tilbudte affaldsstatters krængningsgaffel og låg ikke var af rustfrit metal som foreskrevet i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 3:

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at lade ansatte i firmaet Marius Pedersen A/S deltage i evalueringen af de tilbudte affaldsstatter, da Marius Pedersen A/S havde økonomiske interesser i valget af tilbudsgiver.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved den overtrædelse af EU-udbudsreglerne, som påstand 1 angår, har handlet på en sådan måde, at indklagede efter gældende 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 EU-udbudsreglerne ikke indebærer, at indklagede efter gældende erstatningsregler er erstatningsansvarlig over for klageren.

Ad erstatningskravet:

Klageren har gjort gældende, at klageren, hvis indklagede ikke havde handlet i strid med EU-udbudsreglerne og erstatningspådragende, ville have fået kontrakten om det udbudte indkøb, og at klageren derfor har krav på en erstatning, der svarer til positiv opfyldelsesinteresse.

Klageren har nærmere anført: Som følge af, at indklagede ikke måtte tage tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik og Varmgalvanisering (Brovst Blikvarefabrik) i betragtning, var klagerens tilbud det eneste tilbud, der opfyldte udbudsbetingelserne. Klageren ville derfor have fået tildelt kontrakten, hvis indklagede ikke havde overtrådt EU-udbudsreglerne ved at tage tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik i betragtning. Indklagede havde ikke ret til at annullere udbudet og havde derfor pligt til at tildele klageren kontrakten. Der var tale om en sær opgave, der ville være udført ved siden af klagerens normale produktion, hvorfor nettofortjenesten ville have svaret til klagerens bruttoavance.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har ført bevis for, at klageren, hvis de pågældende overtrædelser ikke var sket, ville have fået kontrakten, og at der derfor ikke er grundlag for at fastsætte erstatningen som positiv opfyldelsesinteresse.

Indklagede har nærmere anført: Hvis indklagede havde indset, at udbudsbetingelserne skulle forstås sådan, at krængningsgaffel og låg skulle være af rustfrit metal, ville indklagede have annulleret udbudet og iværksat et nyt udbud med angivelse af, at krængningsgaffel og låg kunne være udført af rustbeskyttet metal. Under et sådant nyt udbud ville klagerens tilbud stadig have været dyrere end tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik, og klageren ville derfor heller ikke have fået kontrakten under et nyt udbud. Klageren har således ikke lidt noget tab i sagens anledning. Indklagede har desuden anført, at klageren har udvist egen skyld og har undladt at begrænse sit tab ved ikke under udbudet at stille spørgsmål om, hvorledes den omhandlede angivelse i udbudsbetingelserne skulle forstås. Endvidere har indklagede bestridt rigtigheden af klagerens erstatningsopgørelse, dels med hensyn til størrelsen af den hævdede avance, dels med hensyn til antallet af affaldsstativer.

Der er fremlagt erklæringer fra klagerens revisor, hvorefter klagerens bruttoavance, dvs. omsætning minus materialeforbrug, produktionsomkostninger og produktionslønnings, i 2003 udgjorde 33,6%.

Indklagede har fremlagt et notat fra sin rådgiver Carl Bro A/S (Carl Bro), indeholdende nogle beregninger med hensyn til, hvorledes det efter Carl Bros opfattelse ville have påvirket klagerens tilbudspris, hvis tilbudet havde angået krængningsgaffel og låg af rustbeskyttet metal.

Sagsfremstillingen i Klagenævnets kendelse af 20. februar 2004 suppleres endvidere med følgende:

Udbudet skete som følge af, at indklagede havde besluttet at udskifte borgernes skraldespande og affaldsstativer, der har haft forskellig type og udformning. I forbindelse med udskiftningen, der foretages over en periode, får de enkelte husstande adgang til at vælge, om de ønsker en skraldespand på hjul eller et faststående træbeklædt affaldsstativ.

Det udbud, som sagen angår, angik levering af faststående træbeklædte affaldsstativer, og i udbudsbetingelserne var om antallet af de affaldsstativer, der skulle leveres, anført:

»Entreprise: Levering af ca. 5.000 – 9.000 stk. renovationsstativer inkl. udbringning af renovationsstativer til ejendommene, samt hjemtagning af eksisterende udtjent materiel.

Antallet af renovationsstativer er vejledende, da det er frivilligt for borgerne om de vælger at få et renovationsstativ eller en ... plastikcontainer.«

Tilbudsprisen i klagerens tilbud var 626 kr. + moms pr. affaldsstativ incl. udbringning m.m. ved levering af 5.000 affaldsstativer.

Til brug for Klagenævnets behandling af erstatningsspørgsmålet er der afgivet forklaringer af klagerens direktør Verner Lund Jensen, ingeniør hos indklagede Dorthe H. Søe, chefrådgiver hos Carl Bro Kim L. Røgen samt ingeniør hos Carl Bro Bent Raben.

Verner Lund Jensen har forklaret: Klageren har ca. 400 kunder. En produktion af den størrelse, som sagen angår, er noget ekstra, som produktionsapparatet i en periode kan producere ved siden af den almindelige produktion. Ved en sådan ordre svarer bruttoavancen derfor til dækningsbidraget, idet de faste omkostninger er afholdt i forvejen gennem indtægten ved den almindelige produktion. På grundlag af indklagedes angivelser om det forventede antal affaldsstativer har klageren i erstatningsopgørelsen regnet med levering af i alt 8.000 affaldsstativer.

Dorthe H. Søb har bl.a. forklaret: Hvis en tilbudsgiver havde stillet spørgsmål om, hvorledes udbudsbetingelsernes angivelser om krængningsgaffel og låg skulle forstås, ville man have udsendt et rettelsesblad om, at krængningsgaffel og låg kunne være af rustbeskyttet metal. Hvis indklagede havde indset, at tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik var ukonditionsræssigt, ville man have annulleret udbudet og iværksat et nyt udbud med korrektion af misforståelsen. Man er nu halvvejs færdig med opstillingen af de nye affaldsstativer, og der er opstillet 1.775. Man regner med ikke at skulle opstille mere end ca. 3.500 affaldsstativer i alt, da det har vist sig, at mange borgere vælger at få skraldespande på hjul i stedet for affaldsstativer.

Kim Røgen har bl.a. forklaret: Han har deltaget i mange udbud, men ikke i det udbud, som sagen angår. Hvis der ved et udbud kun er et enkelt konditionsræssigt tilbud, vil man vurdere, om tilbudet er konkurrencedygtigt, og hvis ikke, vil man tilråde en annulation af udbudet. Dette ville i særlig grad gælde i et tilfælde som det foreliggende, hvor klagerens tilbud ikke gik ud på at levere den vare, man efterspurgte. Anvendelse af rustfrit stål er yderst usædvanligt i affaldsstativer, og klageren burde under udbudet have stillet spørgsmål om, hvad der sigtedes til.

Bent Raben har bl.a. forklaret: Han deltog ikke i udbudet. Han er maskiningeniør og har tidligere arbejdet med metaller. Der er i sammenhængen ingen afgørende forskel på rustfrit stål og galvaniseret jern, måske bortset fra et lille minus til rustfrit stål. Bent Raben, der har udarbejdet det af indklagede fremlagte notat vedrørende klagerens tilbudspris, har forklaret nærmere om beregningerne i notatet.

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

En udbyder kan annullere et EU-udbud og iværksætte et nyt EU-udbud om samme ydelse, hvis udbyderen har en saglig grund hertil. En sådan saglig grund vil foreligge, hvis udbyderen efter at have modtaget tilbudene bliver opmærksom på, at udbudsbetingelserne indeholder fejl, som har påvirket el-

ler kan have påvirket tilbudsgivningen. Hvis indklagede efter at have modtaget tilbudene var blevet opmærksom på, at udbudsbetingelsernes angivelser om krævningsgaffel og låg skulle forstås anderledes end tilsigtet, kunne indklagede derfor have annulleret udbudet og iværksat et nyt udbud med rettede angivelser i udbudsbetingelserne om krævningsgaffel og låg.

Dette er imidlertid uden betydning for sagen, og det er ligeledes uden betydning, hvad der kunne tænkes at være passeret under et sådant nyt udbud. Det afgørende er, at indklagede ikke annullerede udbudet og iværksatte et nyt udbud, men i stedet tildelte kontrakten til en tilbudsgiver i strid med Indkøbsdirektivet.

En tilbudsgiver har ret til lægge udbudsbetingelserne til grund for sit tilbud, og klageren har derfor ikke udvist egen skyld ved ikke under udbudet at stille spørgsmål om, hvordan udbudsbetingelsernes angivelser om krævningsgaffel og låg skulle forstås.

Klageren har heller ikke undladt at begrænse sit tab ved ikke under udbudet at stille spørgsmål om, hvordan udbudsbetingelsernes angivelser om krævningsgaffel og låg skulle forstås. Det bemærkes herved, at en skadelidts pligt til tabsbegrænsning ikke angår spørgsmålet, om der foreligger et erstatningsgrundlag.

Klagerens tilbud var det eneste, der opfyldte udbudsbetingelsernes krav. Da indklagede desuagtet tildelte en anden tilbudsgiver kontrakten, er indklagede herefter erstatningsansvarlig over for klageren med hensyn til den fortjeneste, som klageren er gået glip af ved ikke at have fået kontrakten, dvs. den såkaldte positive opfyldelsesinteresse.

Ad erstatningskravet:

Erstatningen kan ikke fastsættes i overensstemmelse med klageren påstand, da et erstatningsbeløb som angivet i påstanden ikke ville opfylde den almindelige erstatningsretlige betingelse om påregnelighed og adækvans. I overensstemmelse med sædvanligt anvendte principper for udmåling af erstatning til positiv opfyldelsesinteresse fastsættes erstatningen som svarende til en sædvanlig nettoavance vedrørende den leverance, som klageren ville have fået ved at få tildelt kontrakten. Ifølge indklagedes oplysning angår leverancen i alt ca. 3.500 affaldsstativer, svarende til 2.191.000 kr. i henhold

til klagerens tilbudspris pr. affaldsstativ. Nettoavancen heraf kan passende fastsættes til 150.000 kr.

Det pålægges herefter indklagede til klageren at betale en erstatning på 150.000 kr. med procesrente som påstået og sagsomkostninger som nedenfor bestemt.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Esbjerg Kommune, skal til klageren, Miri Stål A/S, betale 150.000 kr. med procesrente fra den 16. oktober 2003.

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.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
Kontorfuldmægtig