

K E N D E L S E

Joca Trading A/S
(Steen Jensen, Fredericia)

mod

SamAqua A/S
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 159-363997 af 16. august 2018 udbød SamAqua A/S ("SamAqua") på vegne af Odense Renovation A/S, Kerterminde Forsyning A/S og Svendborg Forsyning A/S som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om levering af affaldsbeholdere og spande. Rammeaftalen blev udbudt med en varighed på 2 år med option på forlængelse med yderligere 1 eller 2 år.

Den 13. november 2018 indgav Joca Trading A/S ("Joca Trading") klage til Klagenævnet for Udbud over SamAqua. Klagen har været behandlet skriftligt.

Klagenævnet har den 15. november 2018 meddelt SamAquas kontraktpart, PWS Danmark A/S ("PWS Danmark"), at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

PWS Danmark har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Joca Trading har nedlagt følgende påstande:

"Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens artikel 2 ved, at have tildelt kontrakten på baggrund af et udbudsmateriale, som ikke er i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens artikel 2 ved, at have taget tilbuddet fra PWS Danmark A/S i betragtning, uanset at dette indeholdt forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, og at tilbuddet derfor skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens artikel 2 ved, ulovligt at have forskelsbehandlet de to tilbud, da klagers tilbud blev erklæret ukonditionsmæssigt, grundet forbehold for mindstekrav i udbudsmaterialet, mens PWS Danmark A/S tilbud blev erklæret konditionsmæssigt, uagtet dette også indeholdt forbehold for mindstekrav i udbudsmaterialet.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om ligebehandling i udbudslovens artikel 2 ved, at have inddraget tilbuddet fra PWS Danmark A/S i den endelige evaluering, uagtet tilbuddet fra PWS Danmark A/S var ukonditionsmæssigt.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklaget har handlet i strid med udbudslovens § 2 ligebehandlings – og proportionalitetsprincippet ved, ikke at annullere udbuddet og iværksætte nyt udbud.

Påstand 6

Klagenævnet skal på baggrund af de konstaterede udbudsretlige overtrædelser annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 3.oktober 2018, jf. lov om klagenævnet for udbud, § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 7

Klager forbeholder sig ret til, at nedlægge påstand om erstatning.”

SamAqua har den 29. november 2018 erkendt overtrædelser vedrørende påstand 1 - 4 og oplyst, at rammeaftalen med den vindende tilbudsgiver er opsagt, og at SamAqua forbereder et nyt udbud af rammeaftalen.

Joca Trading har den 30. november 2018 oplyst, at klagen fastholdes og anmodet klagenævnet om at afsige materiel kendelse samt efterfølgende at tage stilling til spørgsmålet om sagsomkostninger. Joca Trading har i samme forbindelse anmodet klagenævnet om at pålægge SamAqua en økonomisk sanktion, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 4.

Joca Trading har i en mail af 6. december 2018 oplyst, at selskabet frafalder påstanden om erstatning og økonomisk sanktion, men fastholder klagen og anmoder klagenævnet om at afsige kendelse på det foreliggende grundlag.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbetingelserne indeholder bl.a. følgende:

”1.1 Udbudsform

Udbuddet gennemføres som et offentligt udbud, jf. Udbudsloven, lov nr 1564 af 15/12/2015, hvilket betyder, at enhver har ret til at afgive tilbud.

...

1.4 Forhandling

Såfremt ordregiver vurderer at det er relevant i forbindelse med gennemførelse af udbuddet, forbeholder ordregiver sig retten til at invitere tilbudsgivere til forhandling om det første fremsendte tilbud. ...

Ved forhandlingen vil ordregiver give den enkelte tilbudsgiver oplysning om sit syn på tilbuddets relativt stærke og svage egenskaber. Forhandlingerne kan omfatte alle forhold i tilbuddene, herunder pris.

Efter endt forhandling vil tilbudsgiver have mulighed for at opdatere sit tilbud og fremsende et revideret tilbud inden en fastsat frist fra ordregiver. Herefter evaluerer ordregiver de modtagne reviderede tilbud i henhold til det fastsatte tildelingskriterium.

Ordregiver kan under forhandlingsforløbet beslutte at foretage begrænsning i antallet af tilbageværende tilbudsgivere ved anvendelse af tildelingskriteriet.

Ordregiver kan gentage fremgangsmåden med at opfordre tilbudsgiverne til at afgive revideret tilbud med efterfølgende forhandling, indtil ordregiver skønner, at det er hensigtsmæssigt at tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der i henhold til evalueringskriteriet har afgivet det bedste tilbud.

Ordregiver kan på hvilket som helst tidspunkt afslutte processen og tildele kontrakten ud fra det fastsatte tildelingskriterium.

Ordregiver er efter tildelingsbeslutningen berettiget til at gennemføre afsluttende forhandlinger med den valgte tilbudsgiver.

...

6.1 Konsortier

Det er ikke muligt at komme med tilbud som konsortie.

...

9 Vareprøver

Til brug for vurdering af de kvalitative underkriterier af de indkomne tilbud skal tilbudsgiver i forbindelse med tilbuddet levere vareprøver til ordregiver.

...

Leverandøren skal levere:

- 1 stk. 2-hjulet 240 liter beholder med to- rum med en 40/60 inddeling af rum inkl. sidehængslet låg delt i forholdet 40/60. Det tillades at sidehængslet låg leveres i en prototype såfremt prototypen er monteret på beholderen og kan tåle tømning i renovationsbil.
- 1 stk. 4-hjulet 660 liter beholder med to- rum med en 40/60 inddeling af rum inkl. låg i låg med to indkast, hjulbremse, fodpedal, gravitationslås og batteriboks.
- 1 stk. Madaffaldsspand

...

Vareprøverne skal stemme overens med det tilbudte.”

Kravspecifikationen indeholder bl.a. følgende:

”2 2- og 4 hjulede beholdere

...

2.3 Tekniske krav

Beholderne skal overholde DS/EN 840-1 til 840-6: 2013 og RAL GZ951/1.

...

Der må ikke være monteret yderligere dele på beholderkrop eller låg, end de i dette materiale beskrevne dele.

...

2.3.7 Batteriboks

Beholdere skal kunne leveres med batteriboks. Batteriboksen skal være fastmonteret til siden af beholderen og skal have en dybde som sikre at den ikke går længere ud end håndtaget på beholderen.

...

2.3.8 Farve

Beholderkrop, skillevæg, batteribokse og låg skal produceres i mørkegrå (RAL 7016 antracitgrå), evt. alternativt med udgangspunkt i leverandørens standardfarver og i tilsvarende/sammenlignelig antracitgrå standardfarve.”

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på pris, der indgik med en vægt på 70 %, og kvalitet, der indgik med en vægt på 30 %.

Ved tilbudsfristens udløb den 17. september 2018 havde PWS Danmark og Joca Trading afgivet tilbud.

I tilbuddet fra PWS Danmark står bl.a.:

”Den leverede prøve på 240-literbeholderen er leveret med ekstraudstyr, som gør det muligt for OG at tilpasse beholderen efter sine særlige ønsker og behov.

...

7.3.7 BATTERI BOKS

Den tilbudte batteriboks har et volumen på 2,1l, og er udstyret med drænhuller i bunden så vand let kan løbe fra. Den monteres på siden af beholderen umiddelbart under stableribberne. Se fremsendte prøve.

...

7.3.8 FARVE

Beholderkrop samt låg tilbydes i PWS standardfarve, RAL 7016 antracitgrå.

Skillevægge leveres i sort.”

Joca Trading A/S har fremlagt billeder af de indleverede vareprøver fra PWS Danmark, hvoraf det fremgår, at batteriboksen er placeret på forsiden af 240-liter beholderen.

Ved brev af 3. oktober 2018 meddelte SamAqua, at tilbuddet fra Joca Trading var erklæret ukonditionsmæssigt, idet tilbuddet ikke opfyldt kravspeci-

fikationens afsnit 2.3.6 om affaldsbeholderens skillevæg og udbudsbetingelsernes afsnit 9 om vareprøver.

Parternes anbringender

Ad påstand 1-6

Idet SamAqua har erkendt overtrædelsen vedrørende påstand 1-4 og vedrørende påstand 5 og 6 har oplyst, at selskabet har opsagt rammeaftalen samt forbereder et nyt udbud heraf, gengives parternes anbringender ikke.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1-4

SamAqua har erkendt at have overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 på den måde, som er beskrevet i påstandene.

Klagenævnet tager på denne baggrund påstand 1-4 til følge.

Ad påstand 5 og 6

SamAqua har oplyst, at rammeaftalen er opsagt og vil blive udbudt på ny.

Herefter og under henvisning til det anførte ad påstand 1-4 er der ikke anledning for klagenævnet til at tage stilling til påstand 5 og 6, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2, hvorefter klagenævnet kan beslutte alene at afgøre en del af sagen.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

SamAqua A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have tildelt kontrakten på baggrund af et udbudsmateriale, som ikke er i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Ad påstand 2

SamAqua A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have taget tilbuddet fra PWS Danmark A/S i betragtning, uanset at dette indeholdt forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, og at tilbuddet derfor skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 3

SamAqua A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have forskelsbehandlet de to tilbud, da Joca Trading A/S' tilbud blev erklæret ukonditionsmæssigt, grundet forbehold for mindstekrav i udbudsmaterialet, mens PWS Danmark A/S' tilbud blev erklæret konditionsmæssigt, uagtet dette også indeholdt forbehold for mindstekrav i udbudsmaterialet.

Ad påstand 4

SamAqua A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have inddraget tilbuddet fra PWS Danmark A/S i den endelige evaluering, uagtet tilbuddet fra PWS Danmark A/S var ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 5-6

Klagenævnet tager ikke stilling til disse påstande, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2.

SamAqua A/S skal i sagsomkostninger til Joca Trading A/S betale 5.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig