

Klagenævnet for Udbud

2:714-7/96-23.166

4. juni 1996

(Rosenmeier, Bente Madsen, Viggo Olesen)

K E N D E L S E

Dansk Industri
(advokat Jens Auken)

mod

Kolding Kommune
(advokat Jon Stokholm)

Denne sag er indbragt for klagenævnet ved klageskrift af 20. april 1995 fra Dansk Industri, der har nedlagt påstand om, at Kolding kommune tilpligtes at anerkende at have overtrådt EU's udbudsregler ved køb af ca. 5.000 skoleborde og skolestole ultimo 1994/primo 1995.

Dansk Industri har anmodet om, at det pålægges kommunen at betale sagsomkostninger.

Dansk Industri har endvidere på egne og sine medlemsvirksomheders vegne taget forbehold om at rejse erstatningskrav mod kommunen.

Kommunen har påstået frifindelse.

Sagens omstændigheder er i hovedtræk:

I maj 1994 foretog Kolding kommune begrænset EU-udbud af køb af ca. 5.000 sæt skoleborde og -stole. Efter at fristen for anmodning om deltagelse var udløbet, gav kommunen i juni 1994 fire virksomheder lejlighed til at afgive tilbud.

I de skrivelser herom, som kommunen sendte til de fire virksomheder, var angivet, at bordene og stolene skulle overholde det europæiske standardudkast N 69 af september 1993, nr. CEN/TC 207/WG 5/TG1, som kommunen samtidig fremsendte, samt nogle yderligere nærmere angivne krav. Kommunen gav samtidig oplysning om højdefordelingen blandt eleverne.

Det omtalte standardudkast, N 69, indeholder bl.a. en række specifikationer for stoles dimensioner. Der opstilles i udkastet 7 forskellige dimensionsklasser for stole, benævnt »sizemarks«. Hver sizemark referer til nærmere angivne intervaller for brugernes højde. Inden for hver sizemark er bl.a. angivet mål for stolens sædehøjde over gulv. Dette mål er forskelligt for hver sizemark. På figurene 2.1, 2.2 og 2.3, der indgår i N 69, er gulvet markeret ved en vandret streg tværs over hele tegningen.

Tilbudene fra to af de fire prækvalificerede virksomheder, MH Stålmøbler A/S, og SIS International A/S, angik stole med flere forskellige sædehøjder til opfyldelse af kravet i N 69 om forskellig sædehøjde fra gulv inden for de forskellige sizemarks. Tilbudet fra en tredje af de fire virksomheder, Sundo AB, angik derimod kun én sædehøjde, idet det omtalte krav i N 69 i Sundos tilbud antoges opfyldt ved måling fra højdejusterbare fodstøtter. Et sådant arrangement er i sagen benævnt »flydende gulv«.

Der er ikke forelagt nærmere oplysninger om tilbudet fra den fjerde virksomhed.

I november 1994 afgav kommunen ordre på leverancen til Sundo.

Hovedspørgsmålet i sagen er, om anvendelsen af »flydende gulv« i form af højdejusterbare fodstøtter i stedet for forskellig sædehøjde over det egentlige gulv er i overensstemmelse med N 69. Dansk Industri har desuden over for kommunen gjort gældende, at Sundos stole også i øvrigt ikke opfylder specifikationerne i N 69. Der har i den anledning været indhentet erklæringer fra Dansk Teknologisk Institut og fra Möbelinstitutet, Jönköping.

Der er endvidere under forberedelsen af sagen for klagenævnet indhentet en erklæring fra den tyske afprøvningsvirksomhed TÜV. I TÜV's erklæring af 26. februar 1996 på grundlag af afprøvning af en stol og et bord leveret af Sundo til kommunen udtales bl.a., at der er konstateret afvigelser fra N 69 af mindre omfang, men at afvigelserne ikke er kritiske for den dynamiske og statiske belastning.

En repræsentant for TÜV, Horst Niesobski, har afgivet forklaring for klagenævnet og har herunder bl.a. forklaret, at N 69 ikke stiller krav om fodstøtte på bordene. Han kan ikke tage stilling til, om højdejusterbare fodstøtter er tilstrækkelige til at opfylde kravene i N 69 om sædehøjde over gulv inden for de forskellige sizemarks.

Der er fremlagt en lang række bilag. Det skønnes ikke nødvendigt at gengive dem i videre omfang end sket ovenfor.

For klagenævnet er der udover af Horst Niesobski afgivet forklaring af Keld Bülow, professor Mandal, John Bredvig, Peter Brok, Karsten Andrup Pedersen, Asta Bisgaard, Lars-Inge Sjöholm og Mogens Helle. Det skønnes ikke nødvendigt at gengive disse forklaringer i videre omfang end nedenfor for Horst Niesobskis vedkommende ovenfor.

Keld Bülow, der er ansat på Dansk Teknologisk Institut, har bl.a. forklaret om tilblivelsen af N 69 og om begrebet »dynamisk siddestilling«, der efter det oplyste er et kendt ergonomisk begreb. Keld Bülow har videre bl.a. forklaret, at N 69 ikke stiller udtrykkeligt krav om dynamisk siddestilling, men at man automatisk får dynamisk siddestilling, hvis specifikationerne i N 69 opfyldes. Keld Bülow har desuden forklaret om en række enkeltheder.

Professor Mandal er efter det oplyste en meget fremtrædende ergonomisagkyndig. Hans forklaring har alene angået ergonomiske spørgsmål og findes uden betydning for sagen.

John Bredvig, der er administrerende direktør i MH Stålmøbler, har bl.a. forklaret: De specielle krav, som kommunen stillede ved siden af N 69, var en understregning af, at kommunen mente henvisningen til N 69 meget alvorligt. Tilbudet fra NH Stålmøbler angik fire forskellige stole udformet i overensstemmelse med de sizemarks i N 69, der skulle anvendes på baggrund af kommunens oplysninger om elevernes højdefordeling. Fire stolestørrelser er naturligvis dyrere at fremstille en én. Kan det slås sammen til ét produkt, bliver der tale om en helt anden pris. Det har været angivet i pressen, at kommunen har sparet en masse penge ved at vælge et svensk produkt, og sagen er meget væsentlig af hensyn til dansk skolemøbelindustriens image og fremtid.

Peter Brok, der er salgsdirektør hos SIS International, har bl.a. forklaret: Det er klart fordyrende, at man skal levere i forskellige højder eller med indstillelig højde. SIS International tilbød forskellige sædetyper. Det er rigtigt, at en af dem ikke var konditions-mæssig.

Karsten Andrup Pedersen, der er indkøbs- og logistikchef i Kolding kommune, har bl.a. forklaret: De tekniske krav blev udarbejdet af kommunens ergonomigruppe. Man havde ikke haft fantasi til at forestille sig, at højdekravene i N 69 kunne opfyldes med indstillelig fodstøtte. Man fik bekræftelse fra Sundo af, at Sundos tilbud opfyldte N 69. Andrup Pedersen havde på et tidspunkt et møde med Mogens Helle fra Dansk Industri, hvor man var enige om, at forholdet omkring stolehøjden ikke var væsentligt.

Asta Bisgaard, der på det tidspunkt, som sagen angår, var ledende sundhedsplejerske i Kolding kommune, har bl.a. forklaret: Kommunen havde ikke særlige ønsker om stolehøjden eller om forskellige højder. Det, man ønskede, var at få nogle stole, der passer til børnenes behov. Sundos stole har den sidegevinst, at de er bedre for lærerne, fordi disse ikke skal bukke sig så langt ned som ellers, når de skal bistå børnene.

Lars-Inge Sjøholm, der er eksportchef hos Sundo, har bl.a. forklaret: Sundo har sin målgruppe inden for uddannelsessektoren og har haft denne målgruppe siden 1957. Sundos svenske markedsandel er 45-50%. De stole, som sagen angår, har man lavet i 8-10 år, og man har produceret 175.000-300.000 elevmøbler af det pågældende koncept. Sundo tolker N 69 sådan, at »flydende gulv« opfylder kravene til de forskellige sizemarks. Ved en ordre af den pågældende størrelse ville det kun spille en marginal rolle for prisen, om man skulle lave forskellige stolehøjder.

Mogens Helle, der er chefkonsulent i Dansk Industri, har bl.a. forklaret: Under sin første samtale med Andrup Pedersen om sagen kendte Mogens Helle ikke noget til sagen, hvilket han tilkendegav over for Andrup Pedersen. Senere forstod han, hvad den drejede sig om og fremhævede da over for Andrup Pedersen, at det centrale i sagen er spørgsmålet om forskellige stolehøjder.

Dansk Industris advokat har til støtte for Dansk Industris påstand i hovedtræk gjort gældende: Der er tale om en meget alvorlig overtrædelse af EU's udbudsregler, og sagen har meget væsentlige principielle konsekvenser. N 69 er udtryk for krav om dynamisk siddestilling via forskellige sizemarks. Sundo brug af »flydende gulv« er en klar fravigelse. Det spiller ingen rolle, om Sundos løsning er god eller dårlig. Det afgørende er, at der er sket forskelsbehandling af tilbudsgiverne ved, at kommunen har valgt løsningen med flydende gulv, idet kommunen ikke gav de øvrige tilbudsgivere mulighed for at afgive et nyt tilbud baseret på flydende gulv. Efter EU-retten må der ikke, heller ikke efter afgivelsen af tilbud, ske fravigelse af udbudsvilkårene i et omfang som sket i den foreliggende sag. Det er uden betydning, at Dansk Industri i skrivelse af 25. oktober 1994 gav udtryk for, at spørgsmålet om stolehøjde var af mindre betydning. Som forklaret af Mogens Helle kendte denne ikke sagen særligt på det pågældende tidspunkt. Da Mogens Helle senere havde fået detaljeret kendskab til sagen, tilkendegav Dansk Industri i skrivelse af 13. januar 1995 til kommunen, at spørgsmålet om stolehøjden er det centrale i sagen. Advokaten har i øvrigt kommenteret en række enkeltheder i sagsforløbet og har herunder bl.a. henvist til, at kommunen i flere skrivelser har erkendt, at man har fraveget N 69 ved at bestille ens sædehøjde for alle stole.

Kolding kommunes advokat har til støtte for kommunens påstand i hovedtræk gjort gældende: Det eneste problem i sagen er, om N 69 kræver måling af sædehøjden fra det egentlige gulv, eller om måling fra fodstøtte er tilstrækkelig. De afvigelser fra N 69, der i øvrigt er konstateret, er af mindre betydning. Kommunen har imidlertid gjort, hvad der kan forlanges af den, d.v.s. indhentet en bekræftelse fra Sundo af, at Sundos tilbud opfyldte N 69. Hvis dette viser sig at være forkert, at Sundos møbler ikke konditionsræssige og dermed mangelfulde. Dette vil imidlertid være en sag mellem kommunen og Sundo og har ikke noget at gøre med EU's udbuds regler. En egentlig certificering har ikke været mulig, da N 69 kun er et udkast. Hertil kommer, at Dansk Industri i skrivelse af 25. oktober 1994 til kommunen gav udtryk for, at det ikke var løsningen med flydende gulv, man klagede over. I øvrigt opfylder løsningen med flydende gulv kravene i N 69. Advokaten har argumenteret nærmere på dette punkt og har bl.a. henvist til nogle indledende bemærkninger i N 69, hvorefter N 69 skal betragtes som en ramme fremfor et sæt forskrifter, der skal følges i alle enkeltheder, og har desuden henvist til, at det i hvert fald ikke er bevist, at den pågældende fortolkning af N 69 er åbenbart forkert. Advokaten har i øvrigt kommenteret en række enkeltheder i sagsforløbet og har herunder anført, at det er uden betydning, at kommunen i nogle skrivelser har benyttet ordet »fravige« om forholdet mellem N 69 og sædehøjden for Sundos stole, da disse som nævnt opfylder kravene i N 69.

Klagenævnet udtaler:

Allerede fordi EU's udbudsregler ikke kan fraviges ved aftale, findes det uden betydning for sagens bedømmelse, at Dansk Industri på et tidspunkt under sagsforløbet har tilkendegivet over for kommunen, at spørgsmålet om stolehøjde ikke var et væsentligt element i sagen.

Med hensyn til spørgsmålet om stolens sædehøjde bemærkes:

Den ergonomiske kvalitet af Sundos møbler er uden betydning for sagen. Det er ligeledes uden betydning, at N 69 kun er et udkast, og at det ifølge dets indledende bemærkninger skal forstås som en ramme frem for en regulering i alle enkeltheder. Det afgørende er derimod, hvordan en potentiel tilbudsgiver naturligt måtte forstå N 69, der var en del af kommunens udbudsmateriale, på det pågældende punkt. N 69 kan imidlertid kun naturligt forstås sådan, at stolens sædehøjde skal måles

fra det egentlige gulv. Dette følger allerede af, at angivelsen af gulvet på de figurer, der er en del af N 69, tydeligvis sigter til det egentlige gulv.

Sundos tilbud gik ud på en udformning af stolene, hvorefter sædehøjden måles fra højdejusterbare fodstøtter. Sundos tilbud var derfor ikke i overensstemmelse med N 69, således som N 69 naturligt må forstås, jfr. ovenfor, og var således ikke i overensstemmelse med kommunens udbudsmateriale. Uoverensstemmelsen må anses for væsentlig, og kommunen har ved at tage Sundos tilbud i betragtning overtrådt det almindelige ligebehandlingsprincip, der ligger til grund for EU's udbudsregler.

Klagenævnet har ikke fundet anledning til at beskæftige sig nærmere med andre eventuelle afvigelser fra N 69.

Dansk Industri har ikke nedlagt påstand om annullation af kommunens beslutning om at indgå aftale med Sundo. Klagenævnet træffer derfor ikke en sådan bestemmelse, men indskrænker sig til at tilkendegive, at kommunen har overtrådt EU's ligebehandlingsprincip som beskrevet.

I medfør af klagenævnslovens § 13 c pålægges det kommunen at betale sagsomkostninger til Dansk Industri som nedenfor bestemt. Omkostningsbeløbet er fastsat skønsmæssigt ud fra sagens omfang, den mundtlige forhandlings betydelige varighed samt sagens karakter.

Herefter bestemmes:

Ved at tage tilbudet fra Sundo AB i betragtning har Kolding kommune overtrådt ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler.

Inden 14 dage skal Kolding kommune til Dansk Industri betale sagsomkostninger med 50.000 kr.