

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Gorm K. Elikofer, Mogens Hansen)

J.nr.: 2010-0023217

15. september 2011

K E N D E L S E

GC Rieber Salt A/S

(advokat Jesper Altamirano, Odense)

mod

Aalborg Kommune

(advokat Anne Bergholt Sommer, Aalborg)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 199-303769 af 11. oktober 2010 udbød indklagede, Aalborg Kommune, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale vedrørende køb af vejsalt til 7 kommuner i Nordjylland.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 22. november 2010 havde én virksomhed – Akzo Nobel Salt A/S – afgivet tilbud. Den 23. november 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med denne virksomhed. Kontrakt blev indgået den 21. december 2010.

Den 1. december 2010 indgav klageren, GC Rieber Salt A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Aalborg Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 8. december 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og/eller artikel 23, stk. 8, ved i udbudsbetingelserne at have specificeret den primære produkttype til at være vacuumsalt, idet kontraktens genstand ikke berettiger hertil.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at indskrænke leveringsstedet til geografisk alene at være steder i Nordjylland, da dette begrænser muligheden for tilbudsgivere uden for denne region.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere udbuddet.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 23. november 2010 om at tildele kontrakten til Akzo Nobel Salt A/S.

Påstand 5

Klagenævnet skal påbyde indklagede, såfremt denne fastholder gennemførelse af ordren, at genudbyde og gennemføre nyt udbud i overensstemmelse med udbudsdirektivet.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

»II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene
Aalborg Kommune udbyder på vegne af 7 kommuner en rammeaftale vedrørende indkøb af salt til glatførebekæmpelse. De 7 kommuner er: Aalborg Kommune, Rebild Kommune, Mariagerfjord Kommune, Morsø Kommune, Brønderslev Kommune, Frederikshavn Kommune og Læsø Kommune.
Rammeaftalens hovedgenstand er levering af vejsalt som vacuumsalt.
Herudover omfatter rammeaftalen:

- Levering af saltlage
- Levering af stensalt

...

II.2.1) Samlet mængde eller omfang

Samlet estimeret årlig mængde:

24.900 tons vacuumsalt

200 tons saltlage

400 tons stensalt

Der kan forekomme væsentlige års-variationer i forhold til disse mængder.«

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at CPV-klassifikationen for rammeaftalens hovedgenstand, vacuumsalt, er 14430000-4, og at alternative tilbud ikke vil blive taget i betragtning.

Stensalt og havsalt har ligeledes særskilt CPV-kode, henholdsvis 144200000-1 og 144100000-5.

Tilbudsgiverne skulle for så vidt angår vacuumsalt dels give tilbud på leveret salt »ab fabrik«, dels pris på salt leveret til salthaller i 2 af kommunerne.

I udbudsbetingelserne er det bl.a. anført:

»Tilbud på saltleverance baseres på henholdsvis:

- Ab fabrik. Leverandøren læsser salt. Ved ab fabrik forstås levering fra en virksomhed beliggende i region Nordjylland eller fra havneareal på Aalborg Havn eller Frederikshavn Havn eller hvor E45 krydser regionsgrænsen til Region Nordjylland.
- Levering til salthal i de respektive kommuner inkl. aflæsning. Adresser på disse fremgår af bilag ... «

Tilbudsgiverne skulle give tilbud på saltlage og stensalt leveret til salthaller i henholdsvis Mariagerfjord Kommune og Aalborg Kommune.

Tildelingskriteriet var »laveste pris«.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det er i strid med det grundlæggende princip om ligebehandling samt udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, at rammeaftalens hovedgenstand er begrænset til vacuumsalt. Der findes 3 salttyper, som anvendes til vejsalt, nemlig stensalt, havsalt og vacuumsalt. Der er ikke sagligt grundlag for at foretrække vacuumsalt frem for stensalt og havsalt. I Danmark er der kun én virksomhed, som kan levere vacuumsalt i store mængder, nemlig Akzo Nobel Salt A/S, og danske myndigheders forbrug af vacuumsalt er de seneste fem vintersæsoner leveret af denne virksomhed. Indklagedes begrænsning af rammeaftalens hovedgenstand til vacuumsalt favoriserer denne ene virksomhed, mens leverandører af stensalt og havsalt afskæres fra at afgive tilbud. At vacuumsalt har særskilt CPV-kode medfører ikke i sig selv, at det ikke er i strid med udbudsreglerne at udbyde vacuumsalt som en rammeaftales hovedgenstand. Kommissionen har ikke ved tildeling af en CPV-kode taget stilling til, om andre produkter kan være lige så anvendelige.

Indklagede har gjort gældende, at det som udgangspunkt er op til ordregiver at fastlægge sit behov og herudfra ensidigt bestemme de kriterier og egenskaber, der er nødvendige for opfyldelsen af behovet. Indklagede foretrækker vacuumsalt frem for de øvrige salttyper, da vacuumsalt har nogle meget væsentlige forskelle fra de øvrige typer vejsalt og medfører mindre saltforbrug og dermed mindre skadelig miljøpåvirkning. Udbuddet blev gennemført af en forening af syv kommuner med henblik på, at indkøbene kunne opnå en samlet mængde, som kunne gøre det interessant for leverandører også uden for Danmarks grænser. Vacuumsalt har sin egen CPV-kode, hvilket understøtter, at det ved et udbud af indkøb af vejsalt vil kunne være berettiget at bestemme kontraktgenstanden til vacuumsalt. Det bestrides i øvrigt, at der alene er én leverandør af vacuumsalt i Danmark. Det fremgår af bl.a. klagerens egen hjemmeside. Ved bedømmelsen af lovligheden af et udbud og ordregiverens valg af en given produkttype er det ikke en betingelse, at der kan påvises et bestemt antal leverandører og producenter eksempelvis i Danmark. Således er der på europæisk plan og inden for WTO-landene endnu flere mulige leverandører af vacuumsalt til glatførebekæmpelse.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at leveringsbetingelserne ikke er ligeværdige, idet betingelserne favoriserer lokale tilbudsgivere.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke i udbudsdirektivet er gjort indskrænkninger i ordregivernes ret til at anvise et leveringssted for en udbudt opgave. Indklagede har ikke favoriseret lokale tilbudsgivere, idet der er anvist en række mulige leveringssteder inden for det geografiske område, hvor saltleveringen skal anvendes. Tilbudsgiverne var heller ikke afskåret fra at angive et andet leveringssted. Det ville blot blive anset for et forbehold og prissat.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at udbudsbetingelserne indeholder væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne. Klagenævnet skal derfor annullere udbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere udbuddet, der er gennemført.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tildelingsbeslutning bør annulleres under hensyn til karakteren af indklagedes overtrædelser ad påstand 1 og 2.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet skal påbyde indklagede at gennemføre et nyt udbud i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at pålægge indklagede at foretage genudbud af opgaven.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Ved afgørelsen af, om indklagedes beslutning om at indkøbe vacuumsalt til brug for glatførebekæmpelsen er i strid med udbudsreglerne, er det ikke afgørende, om den salttype, som indklagede har foretrukket, eventuelt måtte være mindre velegnet til formålet end andre salttyper, eller at andre salttyper måtte være lige så anvendelige. Indklagede har anført saglige grunde til beslutningen, og det forhold, at en række – men ikke alle – andre ordregivere i andre udbud har givet tilbudsgiverne frit valg mellem de forskellige salttyper fører ikke til, at udgangspunktet skal fraviges.

Klageren har anført, at der kun er en dansk producent af vacuumsalt, nemlig Akzo Nobel Salt A/S. Uanset om denne oplysning måtte være korrekt – noget tyder på, at det ikke er tilfældet – kan dette heller ikke i sig selv føre til, at indklagedes fastsættelse af det udbudte produkt er i strid med udbudsreglerne. Klagenævnet lægger herved navnlig vægt på, at der er en række virksomheder i Europa, der producerer vacuumsalt, hvilket i øvrigt også understøttes af det forhold, at produktet har er tildelt egen CPV-kode. Der er således ikke tale om et produkt, som kun den vindende tilbudsgiver fremstiller.

Hensynet til at sikre en effektiv konkurrence er varetaget ved, at der er gennemført et EU-udbud.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 2

Det er ikke i strid med udbudsdirektivets artikel 2 at anmode tilbudsgiverne om at give tilbud sådan, at omkostningerne til levering af varen er indeholdt i varens pris. Dette gælder, selvom levering af varen som udgangspunkt vil være dyrere for de tilbudsgivere, som har hjemsted længere væk.

Det bemærkes i øvrigt, at det er sagligt særdeles velbegrundet at kræve levering tæt på, hvor saltet skal anvendes.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3 – 5

Klagenævnet er ikke i en sag som den foreliggende kompetent til at annullere et udbud, hvor der er indgået kontrakt. Klagenævnet afviser derfor påstand 3.

Udbudsdirektivet indeholder regler om, hvordan indklagede skal forholde sig i forbindelse med indkøb af vejsalt fra eksterne leverandører. En konstatering fra klagenævnets side i overensstemmelse med påstand 5 vil ikke have nogen indflydelse på den retsstilling, som allerede er gældende for indklagede i en sådan situation. Klagenævnet afviser derfor også påstand 5.

Efter det, der er anført ad påstand 1 og 2, tager klagenævnet ikke påstand 4 om annulation af indklagedes tildelingsbeslutning til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1, 2 og 4 tages ikke til følge.

Påstand 3 og 5 afvises.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig