

K E N D E L S E

HUMUS-Genplast v/Hans Jørgen Rasmussen
(advokat Charlotte Friis Bach Ryhl, København)

mod

Sorø Kommune
(advokat Andreas Christensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse 2011/s 219-356352 offentliggjort i EU-tidende den 15. november 2011 udbød Sorø Kommune som offentligt udbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) en rammeaftale om levering af rumopdelte minicontainere, batteribokse monteret på standere og nøgler til batteribokse samt udbringning af affaldsmateriel. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Tre virksomheder, Humus-Genplast v/ Hans Jørgen Rasmussen, Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S afgav tilbud indenfor tilbudsfristens udløb den 22. december 2011. Joca Trading A/S afgav to tilbud, således at indklagede modtog i alt 4 tilbud.

Den 13. februar 2012 meddelte indklagede, Sorø Kommune, at indklagede agtede at indgå aftale med Joca Trading A/S. Ved bekendtgørelse af 15. marts 2012 (2012/S 55-088903) oplyste indklagede, at der var indgået kontrakt til en værdi af ca. 4,3 mio. kr. med Joca Trading A/S. Bekendtgørelsen blev optaget i EU-Tidende den 20. marts 2012.

Den 18. september 2012 indgav klageren, Humus-Genplast v/ Hans Jørgen Rasmussen, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede.

Klagen har været behandlet på et møde den 20. februar 2013, hvor der bl.a. er forevist et eksemplar af de 240 liters tohjulede beholdere, der blev tilbudt af henholdsvis klageren og Joca Trading A/S.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddene fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S som ikke-konditionsmæssige, uagtet at disse tilbud ikke opfyldte det i udbudsmaterialet fastsatte krav om, at tilbudte minicontainere skal leve op til Arbejdstilsynets vejledninger med tilhørende anvisninger og bekendtgørelser, herunder således Arbejdstilsynets anbefaling om en håndgrebshøjde i arbejdssituationen på »ca. 70 pct. af personens skulderhøjde eller ca. 100 cm's højde med mulighed for regulering ca. 10 cm op og ned«, jf. punkt 8.1.1. i Arbejdstilsynets vejledning nr. D.3.1 om løft, træk og skub.

Påstand 1A: (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved ikke at ligestille tilbudsgiverne i forbindelse med evalueringen af underkriteriet »pris«.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise det vindende tilbud fra Joca Trading A/S som ikke-konditionsmæssigt, uagtet at dette tilbud ikke opfyldte det i udbudsmaterialet fastsatte krav om, at tilbudte minicontainere skal leve op til Arbejdstilsynets vejledninger med tilhørende anvisninger og bekendtgørelser, herunder således Arbejdstilsynets anbefaling om en håndgrebstykkelse på 3-4 cm, jf. punkt 8.1.1. i Arbejdstilsynets vejledning nr. D.3.1 om løft, træk og skub og punkt 5.3 i Arbejdstilsynets vejledning nr. D.2.24 om indretning og brug af renovationssystemer.

Påstand 3:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise det vindende tilbud fra Joca Trading A/S som ikke-konditionsmæssigt, uagtet at dette tilbud ikke opfyldte det i udbudsmaterialet fastsatte krav om, at tilbudte minicontainere skal leve op til Arbejdstilsynets vejledninger med tilhørende anvisninger og bekendtgørelser, herunder således Arbejdstilsynets anbefaling om et frirum omkring håndgrebet på 65-70 mm, jf. punkt 5.3 i Arbejdstilsynets vejledning nr. D.2.24 om indretning og brug af renovationssystemer.

Påstand 4:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise det vindende tilbud fra Joca Trading A/S som ikke-konditionsmæssigt, uagtet at dette tilbud ikke opfyldte det i udbudsmaterialet fastsatte krav om, at låget på de tilbudte minicontainere skal være designet, så regnvand let driver af.

Påstand 5:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra PWS Danmark A/S som ikke-konditionsmæssigt, uagtet at dette tilbud ikke opfyldte det i udbudsmaterialet fastsatte krav om, at de tilbudte minicontainere skal være rumopdelte i forholdet 40:60.

Påstand 6:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddene fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S som ikke-konditionsmæssige, uagtet at disse tilbud ikke opfyldte de i udbudsmaterialet fastsatte krav til de tilbudte batteribokse, herunder kravene om, at de skal have et volumen på ca. 13 l, at de ikke må have skarpe kanter, og at foden på standeren skal være dimensioneret, så batteriboksen under normale danske vejrforhold ikke kan væltes af vinden.

Påstand 7:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise de to tilbud fra Joca Trading A/S som ikke-konditionsmæssige, uagtet at disse tilbud ikke opfyldte det i udbudsbetingelserne fastsatte krav om, at tilbudsgiver sammen med sit tilbud skulle levere vareprøver, som var identiske med det tilbudte materiel.

Påstand 8:

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning af 13. februar 2012 om at tildele den udbudte rammeaftale til Joca Trading A/S.

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

Oplysninger i sagen

I udbudsbekendtgørelsen er anført, at den anslåede værdi er 2 mio. kr. og at alternative tilbud ikke vil blive taget i betragtning.

I udbudsbetingelser af 10. november 2011 var bl.a. anført følgende:

»1.5 Forbehold

Som forbehold betragtes følgende:

- Udtrykkelige forbehold; disse kommer til udtryk ved, at tilbudsgiver i et vilkårligt tilbudsdokument anfører, at tilbudsgiver ikke kan eller vil opfylde en given udbudsbetingelse.
- Stiltiende forbehold; disse kommer til udtryk som modstrid mellem ordregivers udbudsbetingelser og tilbudsgivers tilbud.

Grundlæggende udbudsvilkår

Der kan ikke tages forbehold over for grundlæggende udbudsvilkår, herunder forbehold over ufravigelige udbudsvilkår (mindstekrav).

Forbehold over for grundlæggende udbudsvilkår i tilbudsgivers tilbud vil i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet medføre, at tilbuddet afvises som ikke-konditionsmæssigt uden kapitalisering af forbeholdet.

Øvrige forbehold

Forbehold, som ikke vedrører grundlæggende, herunder ufravigelige udbudsvilkår, og som heller ikke er bagatelagtige, vil blive prissat af ordregiver, jævnfør dog sidste afsnit lige nedenfor.

Såfremt ordregiver ikke kan prissætte sådanne forbehold i tilbuddet, vil tilbuddet blive kasseret som ikke-konditionsmæssigt.

Ordregiver er dog til enhver tid berettiget til at afvise et tilbud som ikke-konditionsmæssigt, såfremt det indeholder forbehold

...

2.2.3. Produktblade

Ved afgivelse af tilbud skal tilbudsgiver vedlægge et produktblad eller lignende for henholdsvis minicontaineren og batteriboksen. Produktbladene skal indeholde oplysninger om:

- Affaldsmateriellets dimensioner
- Affaldsmateriellets egenvægt
- Affaldsmateriellets rumindhold

...

2.2.5. Vareprøver

Tilbudsgiver skal sammen med sit tilbud levere en vareprøve af henholdsvis:

- En minicontainer
- En batteriboks monteret på stander
- En nøgle til batteriboksen

Vareprøverne skal være identiske med det affaldsmateriel, som tilbudsgiver tilbyder at levere ved indgåelse af kontrakt. ...»

Tildelingskriteriet var under pkt. 2.3 fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Der var i den forbindelse fastsat følgende underkriterier:

- Pris (vægt: 80 %)
- Miljø (vægt: 10 %)
- Service (vægt 10 %)

Særligt ad minicontainere

Rammeaftalen omhandler bl.a. levering af tohjulede rumopdelte minicontainere med et volumen på ca. 240 liter.

I tilrettet kravspecifikation af 12. december 2011 var herom bl.a. anført følgende:

»2.1.

...

Sorø Kommune har nedenstående krav til minicontaineren

Volumen og rum

Minicontaineren skal have et volumen på ca. 240 liter.

Minicontaineren skal være opdelt i to rum af en fastmonteret skillevæg. Det højre rum skal udgøre 60 % af minicontainerens kapacitet. Det venstre rum skal udgøre 40 % af minicontainerens kapacitet.

...

Låg

Minicontaineren skal have ét låg.

Låget skal kunne forhindre, at der, under normale danske vejrforhold, trænger regnvand ind i rummene til affald.

Låget må under normale danske vejrforhold ikke kunne åbnes af vinden.

Minicontaineren skal være designet så regnvand let driver af.«

I svar på spørgsmål til udbudsmaterialet offentliggjort for tilbudsgiverne den 15. december 2011 har indklagede bl.a. anført:

Vedrørende	Spørgsmål	Svar
Bilag 1 Kravspecifikation Afsnit 2 Beskrivelse af affaldsmateriel Delafsnit 2.1 Minicontainer	1. Skal minicontainerens kroppe, låg, hjul og aksler leve op til DS/EN 840-1, 5 og 6's bestemmelser? 2. Hvis minicontainerens kroppe, låg, hjul og aksler ikke skal leve op til DS/EN 840-1,5 og 6's bestemmelser, vil kommunen så oplyse den nærmere begrundelse? 3. Skal minicontainerne leve op til arbejdstilsynets vejledninger med tilhørende anvisninger og be-	1 – 7. Minicontainerens kroppe, låg, hjul og aksler skal leve op til DS/EN 840-1, 5 og 6's bestemmelser samt arbejdstilsynets vejledninger med tilhørende anvisninger og bekendtgørelser.

	kendtgørelser – herunder Atvejledning D.2.24 og D.3.1? 4. Hvis minicontainerne ikke skal leve op til alle bestemmelser i arbejdstilsynets vejledninger med tilhørende anvisninger og bekendtgørelser – herunder Atvejledning D.2.24 og D.3.1 – vil kommunen så oplyse, hvilke bestemmelser der ikke skal overholdes? 5. Hvis minicontainerne ikke skal leve op til alle bestemmelser i arbejdstilsynets vejledninger med tilhørende anvisninger og bekendtgørelser – herunder Atvejledning D.2.24 og D.3.1 – vil kommunen så oplyse den nærmere begrundelse for, at disse bestemmelser ikke skal overholdes? 6. Ingen beholdere på markedet matcher umiddelbart indvendig afstand mellem hjulene på min. 500 mm. Ønsker Sorø en forlænget aksel, eller er det ok at overholde EN-840 normen, som udelukkende beskriver max. 590 mm. Afstand på udvendig dimension mellem hjulene. 7. Det fremgår at indvendig afstand mellem hjulene skal være mindst 500 mm. Dette punkt harmonerer ikke med den europæiske standard for 2-hjulede containere – EN 840-1, og der er kun én leverandør der kan levere det ønskede, hvilket derfor favorisere denne leverandør, og derfor er i strid med regler for udbud. Fastholdes dette krav ?	
Udbudsbetingelser	1. Er det OK at tilbudsgiverne le-	Vareprøverne skal

Afsnit 2 Tildeling Delafsnit 2.2.5 Vareprøver	verer en prototype af en miljøboks som vareprøve?	være identiske med det affaldsmateriel, som tilbudsgiver tilbyder at levere ved indgåelse af kontrakt. Dog skal Sorø Kommunes krav til farve, prægning med Sorø Kommunes navnetræk og piktogrammer kun være opfyldt, hvis dette er praktisk muligt for tilbudsgiver.
---	---	--

Tilbuddet fra klageren var vedlagt et bilag med overskriften »Forbehold« hvoraf bl.a. fremgår:

»Til orientering lever div. 2-hjulede standard beholdere – herunder beholdere med et nominelt volumen på 240 L - ikke op til en række af Arbejdstilsynets bestemmelser, retningslinjer og funktionskrav.

I og med at de tilbudte affaldsbeholdere (når de ikke er forsynede med vores bøjlehåndgreb) har stort set samme højde som alle øvrige 2-hjulede 240 L beholdere på markedet, er det tydeligt/ åbenbart, at de vandrette håndtag (de såkaldte 'dværghåndtag') ikke lever op til en række retningslinjer/funktionskrav i At-vejledning D.2.24 og D.3.1 samt tilhørende bestemmelser i div. bekendtgørelser – eksempelvis § 7 stk. 1 i Bekendtgørelse om arbejdets udførelse nr. 559.

For At-vejledning D.3.1's vedkommende drejer det sig eksempelvis om punkt 8.1.1 vedr. højde for håndgreb i beholderens transportstilling, dvs. ca. 70 % af skulderhøjden ved transport via skub af beholderen foran kroppen.

Ved at måle håndgrebenes højde med f.eks. en tommestok, når beholdere er vipet til kørestilling/ arbejdsstilling, bliver det tydeligt/åbenbart, at div. fabrikanters beholderes vandrette håndtag befinder sig i en 'tvangsmæssig' højde på ca. 80 cm. over køreunderlaget. Se vedlagte fotos.

Til orientering kan det simpelt måles (med f.eks. et målebånd) og beregnes, at en håndgrebshøjde på 80 cm. svarer til, at beholdere kun er velegnede til håndtering af personer/skraldemænd, der har en krops-

højde på under 150 cm (altså svarende til definitionen på kropshøjden for dværge).

Af den vedlagte artikel 'Danskerne bliver højere og højere' fremgår, at selv den laveste aldersgruppe i den danske befolkning (kvinder på 80 år og derover) har en gennemsnitlig kropshøjde, der ligger over 150 cm., hvorfor man vel med rimelighed kan antage, at der næppe findes nogle skraldemænd M/K, som har en kropshøjde/skulderhøjde, der er velegnet til håndtering af 2-hjulede affaldsbeholdere, hvis håndtag befinder sig i en arbejds højde på 80 cm.

Af vedlagte vejledende udtalelse af d. 12.03.2009 fra Arbejdstilsynets direktør vedr. forståelsen af At-vejledning D.3.1's retningslinjer/funktionskrav ang. arbejds højde for træk og skub af 2-hjulede affaldsbeholdere, kan De nærmere orientere dem om, hvordan han finder, at Arbejds miljøloven for det pågældende område skal opfattes.

Af vedlagte notat fra ALECTIA A/S fra d. 4. maj 2011 fremgår det også tydeligt og åbenbart, at nævnte 370 L beholdere ikke er i overensstemmelse med Arbejdstilsynets bestemmelser, bl.a. fordi beholdere vandrette håndtag befinder sig i en uhensigtsmæssig højde i vipet kørestilling – altså i stort set samme højde som vandrette håndtag på 240 L beholdere befinder sig i under transportstilling/arbejdsstilling.

Hvis vi måtte have misforstået, hvordan Arbejds miljøloven skal opfattes, for så vidt angår At-vejledning D.3.1's retningslinjer/funktionskrav ang. arbejds højde for træk og skub af 2-hjulede affaldsbeholdere, som fremgår af ovenstående forklaring, ønsker vi at tage følgende forbehold:

- 1) Hvis Sorø Kommune ikke ønsker, at vi skal levere bøjlehåndtag type FH til de tilbudte 240 L beholdere, skal stykprisen, som fremgår af den udfyldte tilbudsliste, reduceres med [], - kr.
- 2) Hvis Sorø Kommune ønsker, at vi skal levere bøjlehåndtag type FTH til de tilbudte 240 L beholdere i stedet for type FH, skal stykprisen, som fremgår af den udfyldte tilbudsliste, forøges med [], - kr.
- 3) Hvis Sorø Kommune måtte opfatte de oplyste merpriser for forskelligt tilbehør/ekstraudstyr, der fremgår af vores tilbud, som værende alternative tilbud, som derved gør vores tilbud ukonditionsmæssigt i henhold til udbudsannoncens punkt II.1.9, skal der (foreløbigt) bortses fra nævnte tilbehør/ekstraudstyr.«

I et brev af 12. marts 2009, der som nævnt i det foregående bilag tillige var vedlagt klagerens tilbud, oplyste Arbejdstilsynet til klageren blandt andet:

»At-vejledningen oplyser om, hvordan bestemmelserne i lovgivningen kan efterkommes fx bestemmelserne om, at arbejdet skal kunne udføres med hensigtsmæssige arbejdsstillinger og arbejdsbevægelser. AT-vejledningerne er en hjælp til virksomhederne i deres arbejde med at kortlægge arbejdsmiljøproblemer og sikre, at arbejdet kan udføres sikkerheds- og sundhedsmæssigt forsvarligt.

Retningslinjerne i At-vejledning D.3.1 gælder for træk og skub, uanset hvilket teknisk hjælpemiddel, der anvendes. Målene er baseret på forskningsresultater samt på Europæiske antropometriske data for mænd og kvinder.

Ved skub fremad vil en passende håndgrebshøjde generelt være fra 90 – 110 cm afhængig af personens højde. Til den konkrete person der er relativt høj skulle det være muligt at opnå en hensigtsmæssig arbejdsstilling ved skub fremad med en håndgrebshøjde på ca. 110 cm.

De håndgrebshøjder, der angives i AT-vejledningen, er de faktiske højder i arbejdsituationen. Hvis en beholder skal vippes under transporten er det håndgrebshøjden i den situation, det drejer sig om. En håndgrebshøjde på 83 cm ved skub fremad vil således ikke være i overensstemmelse med Arbejdstilsynets retningslinjer. Arbejdstilsynets retningslinjer er funktionskrav. Med hensyn til at efterleve kravene er der metodefrihed.

Vedrørende deres spørgsmål om at skubbe en beholder baglæns er dette ikke omtalt i At-vejledningen, da det vil være en uhensigtsmæssig arbejdsmetode, der ikke vil være nødvendig at bruge. Generelt bør man kunne se i den retning, man bevæger sig.

...

Vedrørende deres spørgsmål om træk af beholderen med en arm bagved kroppen er dette heller ikke omtalt i At-vejledningen, da det belaster skulderen i en sårbar stilling og giver en skæv belastning af kroppen med risiko for at udvikle gener i muskler og sener. Denne arbejdsmetode er derfor ikke hensigtsmæssig«

Besvarelsen skete på baggrund af en henvendelse fra klageren, med bl.a. følgende indhold:

»...

Af vedlagte fotos af arbejdshøjden for en 240 L standard affaldsbeholder (monteret uden ergonomiske bøjlehåndtag) fremgår, at arbejdshøjden ved skub fremad foran kroppen ikke er i overensstemmelse med anbefalingerne i vejledningen, når beholderen er belastet med ballast vægt i henhold til standarden: DS/EN 840-5, afsnit 4.5.

Eksempelvis fremgår det, at håndgrebenes arbejdshøjde befinder sig i en højde på ca. 83 cm., når en 189 cm høj person med en skulderhøjde på ca. 168 cm. skubber en 240 L beholder foran kroppen, der er vipet til kørestilling. Nærmere bestemt fremgår det, at håndgrebene befinder sig ca. 35 cm. under det niveau, som nævnte At-vejledning angiver som hensigtsmæssig - altså ca. 35 cm under de ca. 70 % af pågældende persons skulderhøjde.

På ovenstående baggrund ønsker vi oplyst, om Arbejdstilsynet generelt kan anbefale, at 2-hjulede affaldsbeholdere skubbes foran kroppen i ca. 83 cm arbejdshøjde for håndgrebene, herunder af personer der har hhv. en højde på ca. 189 cm og en skulderhøjde på 168 cm? ...«

Klagerens tilbud var videre vedlagt et notat af 4. maj 2011 udarbejdet af rådgivningsvirksomheden ALECTIA A/S. Notatet indeholder en arbejdsmiljømæssig vurdering af en standard-minicontainer konstrueret efter principperne i DS/CEN 840 serien, herunder med vandrette håndgreb i ca. 100 cm's højde. Det er oplyst, at notatet vedrører en 370 liter beholder med tre hjul. Af notatet fremgår bl.a. følgende:

»...

Kørsel på jævnt underlag kan gennemføres på tre hjul – det er dog vanskeligt at passere kanter og ujævnheder. Dels på grund af især det 3. hjuls udformning og placering, og dels på grund af den lave frihøjde til beholderen (kanter går på underlaget – og der opstår ekstra belastning af bevægeapparatet). I sådanne situationer vippes beholderen derfor typisk for en let passage. Vægten og tyngdepunktsplacering af den fyldte beholder gør at denne typisk tippes til en 'tvangsmæssig' håndgrebshøjde på mellem 70 og 80 cm – med denne håndgrebshøjde vil arbejdsstillingen for især personer fra gennemsnitshøjde og op blive uhensigtsmæssig (med bøjet ryg). Desuden spiller vægten af beholderen her negativt ind idet beholderen skal styres og balanceres med der af følgende belastning af håndleddene.

...

Vurdering: Beholderen opfylder i den nuværende brug og udformning ikke vurderingskriteriet for hensigtsmæssigt materiale i teksterne fra

Arbejdstilsynet (4). Det er ikke 'løsning nok', at man ikke tipper beholderen.«

Til brug for en række ligeartede klagesager har klageren indhentet en sagkyndig erklæring vedrørende de arbejdsmiljømæssige krav til tohjulede affaldsbeholdere og håndgreb.

Erklæringen er udarbejdet af afdelingsleder Jakob Uglevig Christiansen, Grontmij A/S.

Den sagkyndige erklæring indeholder følgende konklusioner:

»Sammenfatning vedrørende ”Affaldsbeholdere og håndgreb”

Gennemgangen af lovgivning og standarder efterlader ingen tvivl om, at tekniske hjælpemidler – herunder affaldsbeholdere skal være konstrueret og/eller kunne betjenes på en måde der med hensyn til arbejdsmiljø er sikkerhedsmæssigt og sundhedsmæssigt fuldt forsvarligt.

At dette kan ske er bl.a. betinget af fleksibilitet i forhold til ergonomiske principper om at tekniske hjælpemidler skal passe til mennesker af forskellig størrelse (kropsmål).

Dette betyder, at en affaldsbeholder skal kunne betjenes af ansatte (skraldemænd) i en god og naturlig arbejdsstilling. Dette betyder endvidere, at håndgreb på beholderen skal kunne betjenes i variabel højde – med den danske befolkning som udgangspunkt betyder det, at håndgrebet skal være konstrueret for betjening i som minimum intervallet 90-110 cm – dette gælder ved håndtering på standplads, ved transport mellem standplads og renovationsvogn og ved påsætning på lift ved indlæsning.

Dette betjeningsinterval kan ikke opnås med den gængse 2-hjulede affaldsbeholder, som den er beskrevet i DS/EN 840-serien (derfor indeholder standard-serien da også en A-deviation gældende for Danmark). Det skal bemærkes at Arbejdstilsynets egen illustration i At-vejledning D.2.24 fig. 4 er vildledende, idet, der her vises en standard beholder som efter standard- EN 840-1 – her vist med vandret håndgreb – uden muligt betjening-interval 90-110 cm i opretstående/gående arbejdsstilling.

Ovenstående konklusioner viser samtidigt at rådgivningen/vurderingen fra Nordvestjysk BST i skrivelsen fra 2003

til JOCA-trading er behæftet med alvorlige fejl baseret på manglende indsigt i lovgivning, standarder og ergonomiske principper. Jeg tillader mig i denne sammenhæng at gå ud fra at skrivelsens overskrift ”renovationsvogn” ikke refererer til lastbilen, men til affaldsbeholderen. Dokumentet kan samlet set ikke bruges til at anprise de givne produkter.

...«

Klageren har endvidere fremlagt en supplerende udtalelse fra Arbejdstilsynet af 8. november 2012, indhentet af Grontmij A/S hvoraf bl.a. fremgår:

»Til spørgsmålene i brevet kan Arbejdstilsynet oplyse følgende: Arbejdstilsynets krav til et hensigtsmæssigt ergonomisk teknisk hjælpemiddel er, at det passer til arbejdsopgaven og til personen, der udfører opgaven. Hvilke forhold der skal tilgodeses ved planlægning, tilrettelæggelse og udførelse af arbejdsopgaven afhænger af dagrenovation i Danmark fremgår bl.a. af At-vejledning D.2.24, som I også selv har påpeget. Vedrørende A deviationen i DS/EN serien 840 Mobile affaldsbeholdere, kan Arbejdstilsynet oplyse, at den konkrete baggrund for A-deviationen er, at der i standarden EN 840-6 pkt. 4.3 angives en acceptabel minimumshøjde for håndgreb på 800 mm for 2 hjulede containere over 140 l i tiltet tilstand og på 700 mm for containere under 140 l i tiltet tilstand. Dette vil ikke være tilstrækkeligt til at sikre at renovationsarbejderne i Danmark kan udføre arbejdet med transport af disse containere i en hensigtsmæssig oprejst stilling. Som I selv påpeger i brevet anser Arbejdstilsynet håndgrebsmuligheder mellem 90 – 110 cm for passende til at tilgodese variationen i den danske Arbejdstagerbefolkning generelt, jf. At-vejledning D.3.1 Løft, træk og skub.«

Særligt ad batteribokse

Rammeaftalen omhandler tillige levering af batteribokse.

I tilrettet kravspecifikation af 15. december 2011 er herom bl.a. anført følgende:

»2.2 Batteriboks

...

Sorø Kommune har nedenstående krav til batteriboksen inkl. stander.

Volumen

Batteriboksen skal have et volumen på ca. 13 liter.

Materiale

...

Funktion

Batteriboksen skal monteres på en stander med fod. Batteriboksens indkast skal være ca. 150 cm over jorden, når batteriboksen er monteret på standeren.

Foden på standeren skal være dimensioneret, så batteriboksen under normale danske vejrforhold ikke kan væltes af vinden.

...

Batteriboksen må ikke have nogen skarpe kanter.«

Joca Trading A/S' tilbud

Af Joca Trading A/S' tilbudsbrev af 20. december 2011 fremgår bl.a.

»Vedrørende standere til batteriboks har vores leverandør desværre leveret en stander der ikke er høj nok. Vi håber at dette ikke vil have indflydelse på jeres bedømmelse, da vi naturligvis kan levere en stander, der vil give en indkasthøjde på 150 cm. Skulle i ønske det, leverer vi gerne en ny stander til bedømmelse.«

Af denne tilbudsgivers produktredegørelse fremgår under overskriften Arbejdsmiljøforhold bl.a.:

»Arbejdstilsynet har i februar 2003 udsendt en ny AT-vejledning A.0.1, indretning af renovationssystemer. I den nye vejledning er der ikke et generelt krav om montering af de specielle lodrette håndtag.

I marts 2003 udførte BST, Holstebro en vurdering af vore 2-hjulede beholdere. Heraf fremgår, at beholderne efterlever de vejledende retningslinjer, både hvad angår håndgreb, tilstrækkelig frirum omkring håndgreb hvis der bruges arbejdshandsker, tyngdepunkt og vip. Beholderne i mart 2003 var ikke udført med fodpedal, som er muligt på de tilbudte beholdere. En fodpedal vil medføre mere hensigtsmæssigt arbejdsforhold ved vip af beholdere.

Ved passage af kantsten under afhentning, vil støb blive reduceret af de stødabsorberende 250 mm store gummihjul. Samme forhold gør sig gældende ved passage af kantsten under genplacering, hvor beholderens vægt vil være minimal, hvilket reducerer træk og minimere den fysiske belastning.

...

Ovennævnte gør at beholderne ikke påvirker med unødige fysiske belastninger og uhensigtsmæssige arbejdsstillinger eller - bevægelser, jf. AT-Vejledning D.2.24.«

Af produktbladet for den tilbudte minicontainer fremgår, at den har en højde på 1060 mm

Af produktbladet for den tilbudte batteriboks, FINBIN Batbox 10, fremgår, at den har en kapacitet på 13 liter. Af produktredegørelsen fremgår endvidere, at der »til boksen leveres stander i galvaniseret stål, udført med fod tilpasset normalt dansk vejrforhold.«

PWS Danmark A/S' tilbud

Af PWS Danmark A/S' tilbud fremgår bl.a. under overskriften »Anvendelse og arbejdsmiljø«:

»Beholderne er konstrueret således, at balancepunktet er placeret mest optimalt på hver beholder, hvilket betyder at der selv ved højvægt, er en god vægtfordeling og manøvreedygtighed som gør at kroppens belastning er så lav som mulig. Det skal i den forbindelse fremhæves, at dette bl.a. har været et af vores succeskriterier da vi i sin tid udviklede vores 240 l. beholder. Denne beholder har også her en klar fordel ift. andre typer beholdere indenfor samme volumen, idet vægtfordelingen/balancepunktet er så tæt ved håndtaget, og derved kroppen, som muligt. Generelt kan nævnes, at håndtagene målt fra jorden er, på laveste beholder, 100 cm. Selv ved vipning/kørsel gør balancepunktets placering, at højden er ca. 91 cm., hvilket er indenfor tolerancerne nævnt i DS/EN 840-6.

...

Derfor er vores beholdere typisk mere kvadratisk udformede, hvilket bevirker et behageligt balancepunkt, og gør den meget let at vippe ved flytning af beholderen.

Denne kvadratiske udformning betyder også at bredden på beholderne øges, hvilket giver en større sporvidde. Dette er bl.a. nævnt som »hensigtsmæssig» i gældende AT-vejledning.

Samtidig kan det generelt siges, at beholderne overholder DS/EN 840-6.

Produkterne overholder, og er i alle led (produktion, forarbejdning og leverance) behandlet i overensstemmelse med gældende dansk lovgivning.

...

Specifik beskrivelse af den enkelte beholdertype

240 liters 2-kammerbeholder

...

Leveres forberedt for skillevægsmontage placering 40/60 jf. udbudsmaterialet, med indstøbte styrespor.«

Af beskrivelsen fremgår, at håndgrebshøjden er 1055 mm.

Denne tilbudsgiver tilbød samme batteriboks - FINBIN Batbox 10 - som Joca Trading A/S. Af denne tilbudsgivers produktbeskrivelse fremgår om standen til batteriboksen.

»...

Foden på standen er dimensioneret, så batteriboksen ikke væltes af vinden under normale danske vejrforhold

Dette er sikret via bundpladens dimension på 40 x 40 cm. Og kraftig materiale for at sikre en god tyngde, og lavt balancepunkt

...«

Den udbudte rammeaftale er indgået med Joca Trading A/S den 22. marts 2012. Rammeaftalen er efter det oplyste bragt i anvendelse, idet 480 stk. batteribokse er leveret til lager og udbragt. Samtidig er 9.300 stk. minicontainere bestilt til levering den 1. marts 2013.

Indholdet af arbejdstilsynets vejledninger m.v.:

I Arbejdstilsynets vejledning »AT-Vejledning D.3.1« fra september 2005 om »Løft, træk og skub«, er det under pkt. 8.1.1 blandt andet anført:

»8.1.1. Transportmateriellets design

Der er mange forskellige former for manuelt transportmateriel med et, to eller fire hjul. De mest almindelige former er trillebør, sækkevogn, løftevogn, trådbur, rullecontainer, små "hunde", palleløfter og rullebord. Desuden findes der en række selvkørende tekniske hjælpemidler, som er egnede løsninger i en række situationer.

Transportmateriellet skal passe til de byrder, der skal transporteres, og stedet, hvor transporten skal foregå. Der skal kunne ske af- og pålæsning efter retningslinjerne for løftearbejde.

Hjuldiameter, hjulbredde, faste eller luftfyldte dæk og mulighed for drejelige/retningsfastlåste hjul skal vurderes i forhold til underlag, pladsforhold og øvrige faktorer. Små hjul forudsætter et perfekt underlag. Hjul på rulle-paller og -containere bør være mindst 10 cm i diameter.

Håndgrebene skal være hensigtsmæssigt placeret og udformet i forhold til arbejdsmetoden og personen. Ved skub fremad svarer en hensigtsmæssig håndgrebshøjde til ca. 70 pct. af personens skulderhøjde eller ca. 100 cm's højde med mulighed for regulering ca. 10 cm op og ned. Ved træk baglæns med transportvognen foran kroppen vil en lavere placering ofte være mest hensigtsmæssig. Ved vending og drejning kan det være hensigtsmæssigt at kunne tage fat lidt højere. Det anbefales, at der kan skiftes mellem forskellige håndgrebshøjder.

Bredden på kørehåndtag til to hænder bør være ca. 45 cm og tykkelsen 3-4 cm. Kørehåndtag skal placeres, så man ikke støder ben og fødder imod vognen eller læsset, når man går med vognen.

...«

I Arbejdstilsynets vejledning »AT-Vejledning D.2.24« fra juli 2009 om »indretning og brug af renovationssystemer«, er det under pkt. 5.3 bl.a. anført:

»5.3. Håndgreb

Når renovationsmedarbejderne skal løfte, trække og skubbe beholdere, skal disse have håndgreb, der giver hensigtsmæssige arbejdsstillinger for hænder, arme og ryg. Det gælder også, når beholdere skal vippes, køres og styres forbi forhindringer.

Det betyder, at udbydere skal sørge for:

- At håndgrebene er placeret, så der er plads til hånden med arbejdshandske på. En længde på håndgrebet på 150 mm og et frirum omkring håndgrebet på 65-70 mm vil normalt være hensigtsmæssigt.
- At håndgreb er stabile og lette at holde fast i.
- At håndgreb er afrundede og med en tilstrækkelig tykkelse. En tykkelse på 3-4 cm vil normalt være hensigtsmæssig.

Håndgrebenes placering

Håndgrebene skal være placeret og udformet hensigtsmæssigt i forhold til renovationsmedarbejderen og de konkrete arbejdsforhold og -metoder. Placering og udformning skal være hensigtsmæssig i forhold til beholderstype, byrde, underlag, pladsforhold mv.

Det betyder, at håndgrebene skal være placeret

- i en hensigtsmæssig højde
- hensigtsmæssigt i forhold til tyngdepunktet for materiellet med indhold
- symmetrisk, så belastningen bliver ens for begge hænder

- med en passende afstand
- så renovationsmedarbejderen ikke støder ben og fødder mod materiellet under håndtering.

Et hensigtsmæssigt design giver renovationsmedarbejderen mulighed for at vælge en god gribemulighed afhængigt af, om beholderen skal vippes, køres, flyttes sidelæns eller hjælpes over forhindringer.«

Af Dansk Standards standard DS/EN 840-6 + A1 »Mobile affaldsbeholdere Del 6: Sikkerheds- og sundhedskrav«, 3. udgave af 17. september 2008 fremgår under pkt. 4.3 blandt andet, at 2-hjulede containere med en volumen på 140 liter eller mere skal have en minimum håndgrebshøjde på 80 cm »*in a tilted position*«. I Annex A til standarden om A-deviations er det anført, at EN 840-1 til EN 840-6 ikke opfylder de danske arbejdsmiljøretlige regler. Afvigelsen er herefter nærmere beskrevet, idet der henvises til At-anvisning 4.1.0.1 og AT-anvisning 4.1.0.2.

At-anvisning 4.1.0.1 er i dag ophævet. Af Arbejdstilsynets hjemmeside fremgår det, at AT-vejledning D. 2.24 om indretning og brug af dagrenovationssystemer har erstattet AT-anvisning 4.1.0.1. Arbejdstilsynet har over for Klagenævnet for Udbud oplyst, at den omtalte AT-anvisning 4.1.0.2 om indretning af renovationssystemer aldrig blev udstedt.

Parternes anbringender

Ad påstand 1, 2 og 3 (håndtagenes højdemæssige placering, håndgrebenes tykkelse og frirum omkring håndgreb)

Klageren har i det væsentlige gjort gældende, at indklagede i sit udbudsmateriale, jf. indklagedes klare og præcise svar på spørgsmål til udbudsmaterialet af 15. december 2011, har fastsat et mindstekrav om, at tilbudte minicontainere skal leve op til Arbejdstilsynets vejledninger med tilhørende anvisninger og bekendtgørelser.

Arbejdstilsynets vejledning nr. D.3.1, punkt. 8.1.1. sammenholdt med Arbejdstilsynets vejledning nr. D.2.24, punkt 5.3 og anvisningerne i brev fra Arbejdstilsynet til klageren af 12. marts 2009, indeholder en klar og præcis anbefaling om, at håndgrebshøjden på tohjulede minicontainere i arbejdssituationen skal være »ca. 70 pct. af personens skulderhøjde eller ca. 100 cm's højde med mulighed for regulering ca. 10 cm op og ned«.

Vejledningerne indeholder desuden en klar og præcis anbefaling om en håndgrebstykkelse på 3-4 cm og en klar og præcis anbefaling om et frirum omkring håndgrebet på 65-70 mm.

Tilbuddene fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S levede ikke op til kravene vedrørende håndgrebshøjde, eftersom de tilbudte minicontainere alene er forsynet med vandrette håndtag, som – når minicontainerne står i lodret position - befinder sig i ca. 100 cm's højde. Allerede af den grund vil containerens håndtag i arbejdssituationen, hvor containeren vippes, ikke kunne reguleres til en arbejds højde på de anbefalede 110 cm. men alene kunne reguleres til under 100 cm's højde. Reelt vil håndgrebene i arbejdssituationen, hvor minicontaineren vippes, kun befinder sig i en højde på ca. 80 cm.

Det vindende tilbud fra Joca Trading A/S levede endvidere ikke op til kravene om håndgrebstykkelse og frirum, idet håndgrebstykkelsen alene var på ca. 2,5 cm. og frirummet omkring håndtaget kun var ca. 45 cm.

Klagerens tilbud var vedlagt en række forklaringer, illustrationer og arbejdsmiljømæssige vurderinger, som omhyggeligt redegjorde for vejledningernes anbefaling vedrørende håndgrebshøjde, og som illustrerede, hvordan manglende overholdelse af anbefalingen vedrørende håndgrebshøjde uden videre kan konstateres ved simpelthen at måle de indleverede vareprøver med en tommestok. På denne baggrund var eller burde det have været åbenbart for indklagede, at tilbuddene fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S ikke opfyldte det i udbudsmaterialet fastsatte krav om, at de tilbudte minicontainere skal leve op til Arbejdstilsynets vejledninger med tilhørende anvisninger og bekendtgørelser for så vidt angår håndgrebshøjde. Indklagede kan i en situation, hvor indklagede udtrykkeligt er gjort opmærksom på, at visse tilbudsgiveres tilbud ikke opfylder udbudsmaterialets mindstekrav, ikke blot forlade sig på tilbudsgivernes egne oplysninger og en besigtigelse af det tilbudte produkt. Indklagede må i den situation nøje undersøge, om det tilbudte produkt rent faktisk opfylder de stillede krav.

Indklagede kunne endvidere blot ved at se på den indleverede vareprøve fra Joca Trading A/S konstatere, at håndgrebet langt fra har den anbefalede tykkelse, og frirummet omkring håndgrebet kun er ca. to-tredjedele af det

anbefalede, hvorfor det var eller burde have været åbenbart for indklagede, at det vindende tilbud ikke opfyldte det i udbudsmaterialet fastsatte krav om, at tilbudte minicontainere skal leve op til Arbejdstilsynets vejledninger med tilhørende anvisninger og bekendtgørelser.

Manglende overholdelse af Arbejdstilsynets anbefaling vedrørende håndgrebshøjde, håndgrebstykkelse og frirum udgør et forbehold over for et mindstekrav. Indklagede var derfor i henhold til afsnit 1.5 i udbudsbetingelserne forpligtet til at afvise tilbuddene fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S som ikke-konditionsmæssige.

Klageren har, særligt til støtte for påstand 1, henvist til klagenævnets kendelse af 30. oktober 2012 i sagen Rubæk & Co mod Renovationsselskabet ESØ 90 I/S.

Klageren har vedrørende klagenævnets kendelser af 4. december 2012, HUMUS-Genplast v/Hans Jørgen Rasmussen mod Renosyd I/S og 8. februar 2013, Rubæk & Co A/S mod Gentofte Kommune anført, at der i de sager ikke var fastsat udbudsretlige mindstekrav. Sagerne er derfor ikke sammenlignelige med denne sag.

Klageren har vedrørende klagenævnets kendelse af 19. februar 2010, HUMUS-Genplast v/Hans Jørgen Rasmussen mod Fredensborg Forsyning A/S, anført, at den vindende tilbudsgiver i den sag, til forskel fra denne sag, udtrykkeligt havde oplyst, at kravene i arbejdstilsynets vejledninger var opfyldt, ligesom der i den sag, til forskel fra denne sag, ikke var vedlagt klagerens tilbud en kopi af arbejdstilsynets brev af 12. marts 2009. Endelig blev der i den sag, på grund af den måde, hvorpå påstanden var nedlagt, reelt alene sat fokus på håndgrebshøjdens minimum.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede på grundlag af tilbuddet fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S og den indleverede vareprøve vurderede, at det tilbudte opfyldte udbudsmaterialets krav.

Indklagedes svar af 15. december 2011 på de stillede spørgsmål, kan ikke udlægges således, at det ved svaret blev et udbudsretligt mindstekrav, at de tilbudte affaldsbeholderes håndtag og håndgreb skulle leve op til Arbejdstilsynets vejledninger D.3.1 og D.2.24. Det forhold, at indklagede i udbudsgrundlaget henviste til Arbejdstilsynets vejledninger, kan under

ingen omstændigheder medføre, at vejledningernes indhold, som alene omfatter anbefalinger, intervaller og ca.-angivelser, bliver til absolutte krav. Det er fastslået flere gange i praksis fra klagenævnet, at mindstekrav forudsætter, at der er tale om, klare, præcise krav. Det er ikke tilfældet her.

Indklagedes svar på spørgsmålet er desuden dikteret af det spørgsmål, der er stillet. Der spørges kun til containernes kroppe, aksler, hjul og låg. Svaret på spørgsmålet omfatter derfor også kun disse dele af containeren. Havde klageren ønsket spørgsmålet besvaret i relation til håndgrebshøjde, havde det været naturligt at stille spørgsmålet i relation hertil.

Måtte klagenævnet lægge til grund, at der er tale om mindstekrav, følger det af fast klagenævnspraksis, at en ordregivende myndighed som udgangspunkt ikke har pligt til at efterprøve de oplysninger, som tilbudsgiverne forsyner den ordregivende myndighed med. Kun i de tilfælde, hvor det er åbenbart, at de af tilbudsgiver afgivne oplysninger er urigtige, kan der bestå en sådan undersøgelsespligt.

Klageren synes at forudsætte, at en »åbenbar uoverensstemmelse« omfatter en uoverensstemmelse, som kun kan konstateres ved hjælp af opmåling. Det er indklagedes opfattelse, at en ordregivende myndighed i sin vurdering er berettiget til at forlade sig på en umiddelbar gennemgang og vurdering (dvs. uden brug af måleinstrumenter) af indleverede vareprøver – set i sammenhæng med tilbudsbeskrivelserne.

Det er endvidere indklagedes opfattelse, at det ikke for vurderingen kan tillægges betydning, at klageren i sit tilbud under overskriften »Forbehold« havde redegjort for sit syn på konkurrerende produkter. Denne redegørelse består af klagerens udsagn vedrørende produkter, som er i konkurrence med klagerens egne og er, som det fremgår af dokumentet, baseret på ensidigt indhentede redegørelser.

At en ordregivende myndigheds undersøgelsespligt ikke påvirkes af oplysninger vedrørende konditions-mæssigheden, som en enkelt tilbudsgiver fremkommer med, er flere gange fastslået bl.a. ved klagenævnets kendelse af 28. marts 2007, Fujitsu Siemens Computer A/S mod Finansministeriet m.fl. og kendelse af 19. februar 2010 Humus-Genplast v/ Hans Jørgen Rasmussen mod Fredensborg Kommune.

Indklagede var således hverken berettiget eller forpligtet til at forkaste tilbuddet fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S.

Særligt vedrørende påstand 1 har indklagede gjort gældende, at en given håndgrebshøjde i lodret position ikke generelt modsvarer en bestemt håndgrebshøjde i arbejds-/køreposition, således som anført af klageren. Håndgrebshøjde i lodret position udtrykker efter indklagedes opfattelse intet om håndgrebshøjden i arbejdspositionen, idet sidstnævnte afhænger af minicontainerens balancepunkt ved tipning. Hvorvidt en given håndgrebshøjde overholder arbejdsmiljølovgivningen, vil bero på en konkret vurdering, hvilket bl.a. afspejles af, at vejledningen ikke indeholder absolutte krav, men alene anbefalinger og ca.-angivelser, hvilket selvsagt efterlader indklagede med et skøn.

At indklagede har et sådant skøn, er endvidere forudsat i klagenævnets kendelse af 19. februar 2010, Humus/Genplast v/Hans Jørgen Rasmussen mod Fredensborg Kommune, hvor klagenævnet vedrørende dette spørgsmål udtalte, at det ikke kan lægges til grund, at »en håndgrebshøjde på 100 cm i lodret position svarer til 83 cm i arbejdspositionen ved skub.«

Indklagede vurderede på baggrund af tilbuddenes beskrivelser og de indleverede vareprøver, at de minicontainere, som Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S tilbød, opfyldte udbudsmaterialets krav.

Indklagede var således hverken berettiget eller forpligtet til at forkaste tilbuddene fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S.

Indklagede har vedrørende klagenævnets kendelse af 30. oktober 2012 i sagen Rubæk & Co mod Renovationsselskabet ESØ 90 I/S, anført, at sagen er uden præjudikats værdi, idet resultatet alene var en følge af, at indklagede i den sag tog bekræftende til genmæle.

Ad påstand 1a (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klageren har gjort gældende, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at gennemføre evalueringen af tilbuddenes opfyldelse af underkriteriet »pris« uden at tage højde for, at de afgivne tilbud var baseret på en forskellig forståelse af det stillede minimumskrav til håndgrebshøjde, herunder ved

ikke at have enten reduceret klagerens tilbudspris med prisen på de tilbudte bøjlehåndgreb i overensstemmelse med klagerens opfordring hertil i det vedlagte tilbudsbilag benævnt »Forbehold«, eller at have kapitaliseret de øvrige tilbudsgiveres manglende opfyldelse af kravet til håndgrebshøjde som et forbehold, hvis værdi måtte fastsættes til den anslåede pris for at eftermontere bøjlehåndgreb.

Indklagede har gjort gældende, at risikoen for udformningen af klagerens tilbud udelukkende påhviler klageren. Såfremt klageren havde været i tvivl om, hvordan indklagede forstod Arbejdstilsynets vejledninger, kunne klageren have afdækket dette forhold under udbudsprocessen.

Klageren afgav tilbud i overensstemmelse med sin egen fortolkning af arbejdsmiljølovgivningen, hvilket er klagerens risiko. At indklagede kunne have en anden fortolkning af den relevante arbejdsmiljølovgivning – en fortolkning, som ville være i overensstemmelse med klagenævnets hidtidige praksis - er direkte forudsat i klagerens tilbud.

Indklagede var endvidere berettiget - og forpligtet - til at lægge klagerens »hovedtilbud« til grund ved evalueringen, idet indklagede måtte gå ud fra, at det var beholdere i denne kvalitet/udformning, som klageren ønskede at levere.

Indklagede har således hverken handlet i strid med gennemsigtigheds- eller ligebehandlingsprincippet ved at evaluere tilbuddene som sket.

Ad påstand 4 (lågene)

Klageren har gjort gældende, at indklagede i sit udbudsmateriale har stillet et udtrykkeligt krav om, at låget på de tilbudte minicontainere skal være designet, så regnvand let driver af, jf. punkt 2.1 i kravspecifikationen. Det vindende tilbud fra Joca Trading A/S opfyldte ikke dette krav til design, eftersom låget er fladt med små fordybninger, hvor der kan ligge vand. Indklagede kunne blot ved at se på den indleverede vareprøve fra Joca Trading A/S og ved eventuelt at sammenligne denne med den af klageren tilbudte minicontainer konstatere, at låget på de tilbudte minicontainere ikke skråner, så regnvand let driver af. Det var eller burde derfor have været åbenbart for indklagede, at det vindende tilbud ikke opfyldte kravspecifikationen. Manglende opfyldelse af kravspecifikationens krav til

design udgør et forbehold over for et mindstekrav i henhold til afsnit 1.5 i udbudsbetingelserne. Indklagede var derfor forpligtet til at afvise det vindende tilbud Joca Trading A/S som ikke-konditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at det følger af Kravspecifikationens afsnit 2.1, at »minicontaineren skal være designet så regnvand let driver af«. Indklagede har bestridt, at tilbuddet fra Joca Trading A/S ikke opfyldte dette krav. Indklagede har ikke haft en pligt til at sammenligne de tilbudte produkter med henblik på at afgøre, hvorvidt kravet var opfyldt. Ved en visuel inspektion af den afleverede vareprøve vurderede indklagede, at den tilbudte minicontainer opfyldte udbudsmaterialets krav. Der var således ingen synlige fordybninger i låget, hvor vand kan samle sig. Denne vurdering fastholdes.

Indklagede var således hverken berettiget eller forpligtet til at forkaste tilbuddet fra Joca Trading A/S.

Ad påstand 5 (opdelingen)

Klageren har gjort gældende, at der i udbudsmaterialet er stillet et udtrykkeligt krav om, at de tilbudte minicontainere skal være opdelt i to rum i forholdet 40:60, jf. punkt 2.1 i kravspecifikationen. Tilbuddet fra PWS Danmark A/S opfylder ikke dette krav, da den tilbudte minicontainer er opdelt i forholdet 34:66. Indklagede kunne, blot ved at se på den indleverede vareprøve fra PWS Danmark A/S, konstatere, at minicontaineren ikke er opdelt i forholdet 40:60, hvorfor det var eller burde have været åbenbart for indklagede, at tilbuddet fra PWS Danmark A/S ikke opfyldte kravspecifikationen. Den manglende opfyldelse af kravspecifikationens krav om rumopdeling i forholdet 40:60 udgør et forbehold over for et mindstekrav i henhold til afsnit 1.5 i udbudsbetingelserne. Indklagede var derfor forpligtet til at afvise tilbuddet fra PWS Danmark A/S som ikke-konditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede på grundlag af tilbuddet fra PWS Danmark A/S og den indleverede vareprøve vurderede, at det tilbudte opfyldte udbudsmaterialets krav.

Indklagede var således hverken berettiget eller forpligtet til at forkaste tilbuddet fra Joca Trading A/S.

Ad påstand 6 (batteriboks)

Klageren har gjort gældende, at tilbuddene fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S vedrører batteribokse af typen »FINBIN Batbox 10«. Denne type batteribokse opfylder ikke det krav, der er fastsat i afsnit 2.2 i kravspecifikationen, om, at de tilbudte batteribokse skal have et volumen på ca. 13 liter. Dette var eller burde have været åbenbart for indklagede, allerede fordi typeangivelsen »FINBIN Batbox 10« i sig selv oplyser, at batteriboksen har et volumen på 10 l.

Tilbuddene fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S opfyldte desuden ikke det fastsatte krav i kravspecifikationens afsnit 2.2 om, at de tilbudte batteribokse ikke må have nogen skarpe kanter. Tilbuddene fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S opfyldte endvidere ikke det fastsatte krav i kravspecifikationens afsnit 2.2 om, at de tilbudte batteribokse skal være monteret på en stander, hvis fod er dimensioneret, så batteriboksen under normale danske vejrforhold ikke kan væltes af vinden. Indklagede kunne blot ved at se på de indleverede vareprøver fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S, konstatere at de tilbudte batteribokse har skarpe kanter og nemt vil kunne væltes af vinden. Det var eller burde derfor have været åbenbart for indklagede, at tilbuddene ikke opfyldte kravspecifikationen.

Manglende opfyldelse af kravspecifikationens krav til batteribokse udgør forbehold over for mindstekrav i henhold til afsnit 1.5 i udbudsbetingelserne. Indklagede var derfor forpligtet til at afvise tilbuddene fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S som ikke-konditionsmæssige.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede vurderede at kravet til volumen var opfyldt i tilbuddene fra både Joca Trading A/S og PWS Danmark.

Af kravspecifikationens afsnit 2.2 følger vedrørende batteribokse, at disse »skal have en volumen på ca. 13 liter«. Indklagede anvendte bevidst betegnelsen »ca.«, idet det for indklagede ikke var afgørende, hvilken nøjagtig volumen batteriboksene havde.

Indklagede havde ikke – hverken på baggrund af typeangivelsen eller de medsendte vareprøver – anledning til at tro, at tilbuddene fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S ikke opfyldte kravet. Klagerens eget tilbud, der

omfattede en batteriboks med en volumen på 16 liter, blev da heller ikke afvist med henvisning hertil.

I tilbuddet fra Joca Trading A/S var der under overskriften »Batteriboks 13 l« beskrevet den tilbudte batteriboks. Der henvises sammesteds til et vedlagt produktblad, hvoraf fremgår, at den tilbudte batteriboks har en kapacitet på 13 liter.

Af tilbuddet fra PWS Danmark A/S fremgår tilsvarende under beskrivelsen af den tilbudte batteriboks, at den har en volumen på 13 l.

Tilsvarende vurderede indklagede, at tilbuddene fra både PWS Danmark A/S og Joca Trading A/S opfyldte kravspecifikationens krav til dimensionering og ingen skarpe kanter.

Af kravspecifikationens afsnit 2.2 følger, at »Foden på standen skal være dimensioneret, så batteriboksen under normale danske vejrforhold ikke kan væltes af vinden«, og »Batteriboksen må ikke have nogen skarpe kanter«. Det følger af den produktredegørelse, som er indeholdt i Joca Trading A/S' tilbud, at »[t]il boksen leveres stander i galvaniseret stål, udført med fod tilpasset normalt dansk vejrforhold.«

Indklagede foretog en visuel inspektion af de leverede vareprøver og vurderede på den baggrund, at tilbuddene fra PWS Danmark A/S og Joca Trading A/S opfyldte udbudsgrundlagets krav.

Indklagede var således hverken berettiget eller forpligtet til at forkaste tilbuddene fra Joca Trading A/S og/eller PWS Danmark A/S.

Ad påstand 7 (vareprøver)

Klageren har gjort gældende, at det af tilbudsbrevene fra Joca Trading A/S fremgår, at Joca Trading A/S ikke var i stand til sammen med sine tilbud at levere vareprøver på batteriboks på standere, som var identisk med de tilbudte batteribokse på standere. Tilbuddet fra Joca Trading A/S opfyldte derfor ikke det i afsnit 2.2.5 i udbudsbetingelserne fastsatte krav om levering af vareprøver, som er identiske med det tilbudte materiel. Manglende opfyldelse af udbudsbetingelsernes krav om levering af identiske vareprøver udgør et forbehold over for et grundlæggende

udbudsvilkår i henhold til afsnit 1.5 i udbudsbetingelserne. Indklagede var derfor forpligtet til at afvise de to tilbud fra Joca Trading A/S som ikke-konditionsmæssige.

Det kan være forbundet med udgifter og være tidskrævende at fremskaffe vareprøver, der er identiske med de tilbudte varer. Den af klageren fremlagte e-mail-korrespondance viser, at klager netop havde vanskeligheder med at fremskaffe en batteriboks på en stander med den krævede højde inden tilbudsfristens udløb. Manglende indlevering af en batteriboks på en stander, der er identisk med den tilbudte stander både for så vidt angår udformning og højde, kan derfor ikke kvalificeres som en formel mangel, og indklagede handlede derfor i strid med ligebehandlingsprincippet ved at acceptere tilbuddet fra Joca Trading A/S, uagtet at tilbuddet ikke opfyldte udbudsmaterialets krav om indlevering af en vareprøve, der er identisk med den tilbudte batteriboks.

Indklagede har gjort gældende, at det følger af Kravspecifikationens afsnit 2.2, at batteriboksens indkast skal være ca. 150 cm. over jorden, når batteriboksen er monteret på standeren.

I tilbuddet fra Joca Trading A/S er det anført, at »vedrørende stander til batteriboks har vores leverandør desværre leveret en stander der ikke er høj nok. Vi håber at dette ikke vil have indflydelse på jeres bedømmelse, da vi naturligvis kan levere en stander der vil give en indkasthøjde på 150 cm. Skulle I ønske det, leverer vi gerne en ny stander til bedømmelse.«

Det var derved klart for indklagede, at Joca Trading A/S kunne – og ville – opfylde kravspecifikationen, og at der således ikke var tale om et forbehold over for udbudsmaterialet.

Det havde endvidere ingen betydning for indklagedes vurdering af den tilbudte batteriboks, at vareprøven var monteret på en stander, som var lavere end den tilbudte. Vareprøven på batteriboksen var identisk med den boks, som Joca Trading A/S tilbød at levere.

Der var således udelukkende tale om en formel mangel, som ikke havde betydning for evalueringen af tilbuddene. Indklagede var derfor berettiget til at bortse fra denne mangel, jf. herved princippet i implementeringsbekendtgørelsens § 12.

Det følger heraf, at indklagede var berettiget til at undlade at afvise tilbuddet fra Joca Trading A/S, uanset at den indleverede vareprøve for så vidt angår standen til batteriboksen ikke svarede til det tilbudte produkt, idet det på baggrund af tilbuddet fra Joca Trading A/S var klart, at det tilbudte produkt opfyldte udbudsgrundlaget.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at de under påstand 1-7, herunder påstand 1a, beskrevne overtrædelser af udbudsdirektivets artikel 2 hver især er alvorlige, og hver især har haft en væsentlig indvirkning på klagerens mulighed for at få tildelt den udbudte rammeaftale, hvorfor der bør ske annullation af indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at undlade at afvise tilbuddene fra PWS Danmark A/S og Joca Trading A/S. Der er således ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1, 2 og 3.

Klagenævnets kendelse af 30. oktober 2012 er afsagt efter, at indklagede under sagen havde taget bekræftende til genmæle. Klagenævnet var derfor i den sag afskåret fra at foretage en egentlig prøvelse af sagens materielle indhold jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 1, 2. pkt. Klagenævnets kendelse af 30. oktober 2012 er derfor uden betydning for afgørelsen af denne sag.

Klagenævnet for udbud tager alene stilling til, om der foreligger overtrædelse af de udbudsretlige regler om indgåelse af offentlige kontrakter, og i udgangspunktet ikke, om indklagede efter andre regler, eksempelvis arbejdsmiljøretlige regler, er forpligtet til at stille særlige krav til genstanden for udbuddet.

Afgørende for, om klagenævnet kan tage klagerens påstande til følge, er derfor i første række, om indklagede udbudsretligt havde fastsat

mindstekrav til håndgrebshøjden, håndgrebstykkelsen og håndgrebsfrirummet for de tilbudte minicontainere.

Indklagede har ved besvarelsen af spørgsmål fra tilbudsgiverne, hvor DS/EN 840-1, 5 og 6 samt arbejdstilsynets vejledninger D.2.24 og D.3.1. specifikt nævnes, anført, at »Minicontainernes kroppe, låg, hjul og aksler skal leve op til DS/EN 840-1, 5 og 6's bestemmelser samt arbejdstilsynets vejledninger med tilhørende anvisninger og bekendtgørelser«.

DS/EN 840-1 til 6 stiller vedrørende håndgrebshøjde alene krav om, at affaldsbeholdere »in a tilted position« skal have en håndgrebshøjde på 80 cm. Klageren har ikke gjort gældende, at dette krav ikke er opfyldt. Som anført i klagenævnets kendelse af 8. februar 2013 fastsætter den til DS/EN 840 hørende A-deviation ikke i sig selv yderligere krav til håndgrebshøjden.

Vejledning D.2.24, der specifikt vedrører renovationsbeholdere, indeholder en række generelle anbefalinger og specifikke anbefalinger vedrørende håndgrebstykkelse og -frirum og hjul, men ingen specifikke krav til håndgrebshøjde.

Vejledning D.3.1., der vedrører ethvert arbejde der indeholder, træk, løft og skub, indeholder en række forskelligartede anbefalinger herunder vedrørende »transportmateriels design«. Denne vejledning indeholder ikke specifikke anbefalinger af håndgrebsfrirum men indeholder anbefaling om en håndgrebstykkelse på 3-4 cm. og en beskrivelse af, at »ved skub fremad svarer en hensigtsmæssig håndgrebshøjde til ca. 70 pct. af personens skulderhøjde eller ca. 100 cm's højde med mulighed for regulering ca. 10 cm op og ned.«

De anbefalinger, der er anført i de to vejledninger, er angivet som intervaller, med cirka angivelser, og med angivelse af, at nogle anbefalede mål »normalt« vil være hensigtsmæssige. Vejledningerne indeholder endvidere angivelse af en række andre elementer end hjælpemidlets design, som har betydning for materiellets hensigtsmæssighed. Der nævnes således såvel konkrete arbejdsforhold og –metoder som beholdertype, byrde, underlag, pladsforhold mv.

Udbudsbetingelsernes henvisning til AT-vejledning D.3.1. og D.2.24 fremgår alene af indklagedes svar på spørgsmålene af 12. december 2011. Containernes håndgreb var ikke nævnet.

Der er herefter ikke alene ved indklagedes svar på spørgsmålene af 12. december 2011 så tilstrækkeligt klart fastsat krav om håndgrebshøjde, håndgrebstykkelse og håndgrebsfrirum, at indklagede ville være berettiget til at håndhæve de i AT-vejledning D.3.1. og D.2.24 anbefalede håndgrebshøjder, håndgrebstykker og håndgrebsfrirum som udbudsretlige mindstekrav.

Påstand 1, 2 og 3 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 1a

Af udbudsbetingelsernes punkt 2.3 fremgår, at underkriteriet pris vil blive evalueret på grundlag af den pris, som tilbudsgiverne har angivet i tilbudslisten. Indklagede har allerede af den grund ikke været hverken berettiget eller forpligtet til at lægge den af klageren et andet sted i tilbuddet anførte alternative pris til grund for vurderingen.

Påstand 1a tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

I kravspecifikationen pkt. 2.1. er fastsat krav om, at containernes låg skal være designet, »så regnvand let driver af«. Indklagedes vurdering af, om dette krav er opfyldt, skal foretages ud fra en vurdering af den tilbudte container i forhold til udbudsmaterialet og ikke ved en sammenligning med containere tilbudt af andre tilbudsgivere. Vurderingen heraf indebærer efter kravets formulering desuden naturligt et vist skønsmæssigt element.

Klagenævnet finder ikke, at klageren har godtgjort, at det er åbenbart, at den tilbudte container fra Joca Trading A/S ikke havde et låg, der var designet, »så regnvand let driver af« eller at indklagede ved evalueringen har overskredet grænserne for det skøn, indklagede har ved vurderingen af kravet.

Påstand 4 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Af tilbuddet fra PWS Danmark A/S fremgår, at minicontainerne leveres »forberedt for skillevægsmontage placering 40/60 jf. udbudsmaterialet«. Indklagede var på grundlag heraf, og da klageren ikke har godtgjort, at det var åbenbart for indklagede, at dette ikke var tilfældet, berettiget til at gå ud fra, at de tilbudte beholdere levede op til mindstekravet.

Påstand 5 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6

Det fremgår af produktbladene i tilbuddene fra Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S, at den tilbudte batteriboks har en volumen på 13 l. og at foden er dimensioneret, så den ikke væltes af vinden under normale danske vejrforhold. Klageren har ikke hverken godtgjort eller sandsynliggjort, at dette ikke er tilfældet.

Klageren har endvidere ikke hverken godtgjort eller sandsynliggjort, at den af Joca Trading A/S og PWS Danmark A/S tilbudte batteriboks har skarpe kanter.

Påstand 6 tages derfor ikke til følge.

Ad Påstand 7

Tilbudsgiverne skulle jf. udbudsbetingelsernes punkt 2.2.5. sammen med tilbuddet indlevere en vareprøve på bl.a. »En batteriboks monteret på stander«. Af indklagedes svar på et spørgsmål om, hvorvidt der kunne leveres en prototype af en miljøboks som vareprøve, fremgår, at vareprøverne skulle være identiske med det affaldsmateriel, som tilbudsgiver tilbyder at levere ved indgåelse af kontrakt. Dog således at nogle krav til farve, prægning med Sorø Kommunes navnetræk og piktogrammer kun skulle være opfyldt, hvis dette var praktisk muligt for tilbudsgiver.

Det er ubestridt, at den af Joca Trading A/S leverede vareprøve af »En batteriboks monteret på stander« ikke var monteret på en stander hvor

»Batteriboksens indkast ...[er] ... ca. 150 cm over jorden, når batteriboksen er monteret på standeren.«. Det er ligeledes ubestridt, at Joca Trading A/S ved fremsendelse af tilbuddet gjorde opmærksom herpå, og på at det skyldtes en fejlliverance, men at der ved levering under kontrakten ville ske levering af standere der opfyldte højdekravet.

Det fremgår af de af Joca Trading A/S medsendte produktblade vedrørende batteriboks og stander, at foden er dimensioneret, så den ikke væltes af vinden under normale danske vejrforhold. Standerens højde har således ikke haft betydning for indklagedes vurdering af, om dette krav var opfyldt. Batteriboksen var monteret på en stander og standerens højde har ikke betydning for, om monteringen kunne medføre skarpe kanter.

Under disse omstændigheder har indklagede ikke tilsidesat ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddene fra Joca Trading A/S.

Påstand 7 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 8

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1-7, herunder påstand 1a til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstanden om annulation af tildelingsbeslutningen til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig