

K E N D E L S E

Humus ved Hans Jørgen Rasmussen
(advokat Ib Ulstrup, Lystrup)

mod

Herning Kommune
(advokat E. Bjørn Andersen, Herning)

Under denne, ved klageskrift af 15. juni 1998 fra klageren, Humus ved Hans Jørgen Rasmussen for Klagenævnet indbragte sag, foreligger til afgørelse spørgsmålet om, hvorvidt indklagede, Herning Kommune i forbindelse med et i overensstemmelse med direktiv 93/36 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb afholdt udbud vedrørende indkøb af affaldsbeholdere har handlet direktivstridigt ved i udbudsbekendtgørelsen ikke at have fastsat, at leverancen skulle opfylde gældende »Europæisk Standard« jf. direktivet bilag III punkt 3. Klagen har været mundtligt behandlet på et på et møde den 2. oktober 1998.

Sagens omstændigheder er bl.a. følgende:

Ved udbudsbekendtgørelse afsendt til EU-Tidende den 16. januar 1998 udbød indklagede:

»Prækvalifikation – begrænset udbud

1. Ordregivende myndighed
Herning Kommune

.....

2. Udbudsform, begrundelse (art. 6, stk. 3): Ikke offentligt udbud.
3. Beskrivelse:
Herning Kommune indbyder interesserede producenter at levere

nye affaldsbeholdere til Herning Kommune i henhold til nærmere fastlagte krav i udbudsmaterialet.

Herning Kommune ønsker leveret en todelt beholder, der lever op til At-anvisning nr. 4.1.0.1. om manuel håndtering og transport af dagrenovation mv. november 1993 og At-cirkulæreskrivelse 10/1990 om konstruktion af renovationssystemer mv. samt nærmere definerede funktionelle krav.

Der skal leveres minimum 30.000 ca. 240 l beholdere, minimum 2.500 ca. 500 l beholdere og min. 200 ca. 380 l beholdere til Herning Kommune.

CPA-referencenummer Varekøb: Gruppe 25.2.

Leveringssted.

Frit leveret på et endnu ikke navngivet sted i Herning Kommune.

4. Leveringsfrist.

Forventes påbegyndt 6 måneder efter kontraktindgåelse og afsluttes i løbet af 2 måneder.

.....

7. Sidste frist for anmodning om deltagelse: 1998-02-23.

Anmodningen om at blive prækvalificeret skal sendes til Herning Kommune (jf. punkt 1). Anmodningen skal være skriftlig og på dansk.

8. Sidste frist for afsendelse af opfordring til at afgive tilbud: 1998-03-06.

.....

11. Kriterier for tildeling af ordren.

Ordren tildeles det for Herning Kommune økonomisk mest fordelagtige tilbud. Kriterier for tildelingen af ordren vil være anført i opfordringen til at afgive tilbud.

12. Antal leverandører der vil blive opfordret til at afgive bud.

Ca. 5. leverandører vil blive opfordret til at afgive bud.

.....

14. Andre oplysninger.

Tilbudet skal være ledsaget af en klar produktbeskrivelse og skitser af affaldsbeholderne, således at Herning Kommune kan overbevise sig om, at de i udbudsmaterialet stillede funktionskrav er opfyldt.

Herning Kommune forbeholder sig ret til at annullere nærværende udbudsbekendtgørelse.«

Der indkom fem tilbud, men en tilbudsgiver frafaldt, således at indklagede skulle vælge blandt de resterende fire tilbudsgivere.

Disse blev den 3. april 1998 tilskrevet således:

»Under henvisning til vor henvendelse til Dem af 9. marts 1998 anmodes De hermed om at afgive tilbud på levering af nye affaldsbeholdere til Herning kommune, jf. vedlagte udbudsmateriale.

Udbudsmaterialet består af:

- Nærværende opfordring om at afgive tilbud
- Udbudsbetingelser inkl. deri nævnte bilag
- Tilbudslister, kategori A og B

Tilbudet eller tilbudene skal være Herning Kommune i hænde senest den 13. maj 1998 kl. 12.00.«

Af de med skrivelsen fulgte udbudsbetingelser fremgår bl.a. følgende:

»1. Generelt om udbudet

Udbudet omfatter levering af 2-delte beholdere af minimum 30.000 stk. ca. 240 l beholdere, minimum 2.500 ca. 500 l beholdere og 200 ca. 380 l beholdere til opsamling af dagrenovation og genanvendeligt affald fra private husstande.

Det overordnede mål med udbudet er at få leveret nogle vel-fungerende affaldsbeholdere, der kan indpasses i bymiljøet. Affaldsbeholderne skal leve op til Arbejdstilsynets regler beskrevet i At-cirkulæreskrivelse 10/1990 om konstruktion af renovationssystemer. Affaldsbeholderne skal endvidere kunne indgå i systemer, der overholder At-anvisningen 4.1.0.1 om manuel håndtering og transport af dagrenovation mv.

.....

1.1 Nyt dagrenovationssystem i Herning Kommune

Det nye dagrenovationssystem for private husstande i Herning Kommune er opbygget i to varianter; en for enfamilieboliger og en for flerfamilieboliger.

Som udgangspunkt skal begge boligtyper kildesortere deres dagrenovation i seks fraktioner:

1. Aviser/ugeblade
2. Blandet papir
3. Organisk affald
4. Restaffald
5. Farvet glas
6. Klart glas

De i nærværende udbud beskrevne affaldsbeholdere relatere sig til indsamling af fraktionerne 1–4.

.....

Hver familiebolig udstyres med 2 stk. todelte affaldsbeholdere med skillevæg. Hver beholder har et volumen på ca. 240 l. Beholderne med fraktion 1+2 henholdsvis 3+4 har forskellige tømningfrekvenser.

Ved flerfamilieboligerne opbygges affaldsstationer for flere husstande af flere todelte affaldsbeholdere med større volumen (ca. 500 l henholdsvis 380 l). Disse affaldsbeholdere har ligeledes forskellige tømningfrekvenser.

Byrådet i Herning Kommune har opstillet 10 krav til fremtidens genbrugssystem for dagrenovation. Disse overordnede krav er:

.....

..... lægger Herning Kommune vægt på at have en miljøbevidst profil. Indkøbet af nye affaldsbeholdere i overensstemmelse med de anførte specifikationer skal ses som politisk målsætning om også på affaldsområdet at have viljen til at præge udviklingen i en miljøbevidst retning.

Herning Kommune er fuldt bevidst om, at de særlige ønsker til affaldsbeholdernes udformning kan få nogle konsekvenser for leverancen.

Der er på nuværende tidspunkt indgået kontrakt med firmaet A/S Marius Pedersen om at indsamle kommunens affald efter et nærmere defineret teknisk koncept. De af nærværende udbud omfattede affaldsbeholdere skal således kunne anvendes i relation til de køretøjer, som firmaet A/S Marius Pedersen råder over for indsamling af affald i Herning Kommune.

2. Ønsker til produktet

2.1 Nedenstående angivelser lægges der vægt på bliver tilgodeset

2.1.1 Æstetik

.....

2.1.2 Funktion

.....

2.1.2.B

Låg skal i forbindelse med indfyldning kunne fastholdes i åben stilling uden fare for, at en tilfældig vind kan slå låget i. Det er imidlertid ønskeligt, at låget ikke udformes med større vægt, end at et barn vil kunne betjene beholderen.

2.1.2.C

Beholdernes højde må, for at sikre en handicapvenlig betjening, ikke overstige 1000 mm fra terræn til øvre kant på åben beholder. Beholdernes udvendige mål i øvrigt skal ligge inden for følgende grænser ved placering til brug hos borgerne:

ca. 240 l beholdere: længde 92 cm (inkl. transportgreb) i beholderens kørselsretning

bredde 78 cm

ca. 510 l beholdere: længde 136 cm inkl. transportgreb

bredde 78 cm

.....

2.1.2.G

Hver beholder skal kunne opdeles i 2 rum. Beholderen forventes udstyret med skillevæg, som skal kunne indstilles i mindst 3 forskellige positioner. Positionerne bør kunne opdele beholdernes rumfang i 0,4–0,6, 0,5–0,5 og 0,6–0,4. Det skal sikres, at skillevæggen ikke glider ud af de forskellige positioner, ved tømning henholdsvis kraftig ensidig belastning fra affaldet.

.....

2.1.2.P

Beholderne skal kunne tømmes af Marius Pedersens renovationsbiler, der er udformet til at passe til Herning Kommunes dagrenovationssystem. Løfteanordningen på A/S Marius Pedersens biler er udformet således, at affaldsspande udført i overensstemmelse med DS/EN 840/1 hhv. DS/EN 840/2 kan håndteres.

2.1.2.Q

Alle beholdere skal være forsynet med 2 lige store men spejlvendte låg uanset skillevæggens aktuelle placering.

.....

3. Tilbudsbetingelser

3.1 Generelt

Hver tilbudsgiver skal afgive 2 tilbud. Det ene tilbud skal afgives i en konkurrencesituation, hvor kravene til leverancen af nye affaldsbeholdere er en nærmere specificeret liste over basiskrav, som skal være opfyldt. Tilbud afgivet inden for denne ramme betegnes i det følgende som et kategori A tilbud.

Herudover skal der afgives tilbud i en konkurrencesituation, hvor kravene for leverancen er de under kategori A nævnte krav, samt derudover de af Herning Kommune opstillede særlige ønsker til nye affaldsbeholderes udformning, som i vides muligt omfang ønskes tilgodeset. Tilbud afgivet inden for denne konkurrenceramme betegnes i det følgende som et kategori B tilbud.

Herning Kommune forbeholder sig ret til frit i overensstemmelse med gældende EU-udbudsregler at tildele ordren til en tilbudsgiver enten i kategori A eller i kategori B. Endelig forbeholder Herning Kommune sig ret til at annullere tilbudsforretningen.

.....

Såvel inden for kategori A tilbudene som inden for kategori B tilbudene vil ordretildelingen blive gennemført på basis af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Tildelingskriterierne er nærmere beskrevet i efterfølgende afsnit 4. Kravene til kategori A tilbud fremgår af afsnit 5.

I kategori A kan tilbudsgiveren kun afgive et tilbud, og der vil inden for denne kategori ikke kunne afgives alternative tilbud.

.....

5. Kategori A krav (basiskrav)

Kategori A kravene – eller basiskravene – er følgende:

1. At-cirkulæreskrivelse 10/1990
2. At-henvisning 4.1.0.1

3. Beholderstørrelse
4-hjulede beholdere skal have bremseanordning, så beholderen kan opstilles i stationær position.
Beholderne skal med supplerende udstyr kunne fastholdes/fastlåses til stander eller mur
4. Overholdelse af ydre mål, jf. 2.1.2.C
5. Beholderne skal leveres med løs skillevæg i positioner 0,4/0,6, 0,5/0,5 og 0,6/0,4
skillevæggen må ikke glide ud af position ved tømning hhv. kraftig ensidig belastning fra affaldet
skillevæggens placering skal kunne aflæses fra beholderens yderside

.....

6. Symmetriske låg
med plads til mærkater for sortering i 2 fraktioner pr. beholder
låg skal kunne forsynes med indkast til hhv. aviser/ugeblade og blandet papir/karton
låg til beholderstørrelserne ca. 380 l og ca. 500 l skal (ekstraudstyr) kunne låses låget skal være udformet, så regnvand m.m. løber fra låget og ikke kan løbe i beholderen, når låget løftes eller beholderen transporteres.«

Den 16. april 1998 afholdt indklagede forhåndsmøde. Heri deltog repræsentanter for de tre af de fire tilbudsgivere, men klageren var ikke repræsenteret på mødet. Af det mødereferat, der udsendtes til de fire tilbudsgivere, fremgår bl.a.:

- »1. Velkomst og præsentation v/Mogens R. Bentzen
 - Orientering om forhistorien for affaldsbeholdere til Herning Kommune.
 - Der er ikke et udviklingselement i det aktuelle udbud. Beholderne skal udføres i overensstemmelse med de i udbudet angivne specifikationer.«

Herudover fremgår det af referatet, at der fremkom en del rettelser til udbudsbetingelserne.

Den 30. april 1998 tilskrev ingeniør Hans Michael Hansen på vegne af Rambøll, Hannemann og Højlund, der var indklagedes rådgiver tilbyderne bl.a. således:

»Supplerende udsendelse nr. 2

Der er indløbet en række spørgsmål og redegørelser fra kredsen af indbudte leverandører, som giver anledning til følgende ændringer henholdsvis præciseringer i udbudsmaterialet.

.....

Udbudsbetingelser

.....

- s. 13 afsnit 5, pkt. 5, ændres til:
»Beholdere skal leveres med min. en udtagelig skillevæg i position 0,4/0,6 for 240 l beholdernes vedkommende og 0,5/0,5 for øvrige.«
- s. 14 afsnit 5, pkt. 6, ændring:
»Symmetriske låg« erstattes af »skal være tilpasset skillevægsplaceringen, jf. pkt. 5.«

Der udsendtes den 5. maj 1998 endnu en supplerende udsendelse til tilbyderne.

Det fremgår af notater, udarbejdet af indklagedes førnævnte rådgiver, at indklagede ønskede tilbud på en helt ny beholdertype. Indklagede havde tidligere med en virksomhed sluttet aftale om udvikling og produktion af en sådan, men virksomheden gik konkurs, og indklagede, der ikke disponerede over rettighederne til produktet, så sig nødsaget til ved fornyet udbud at få realiseret et projektet, der i dets idé lå så tæt ved det kuldsejlede som muligt uden derved at krænke andres eventuelle rettigheder m.v.

Det er oplyst, at virksomheden »Joca Trading A/S« blev laveste bydende med en tilbudssum i kategori A på 16.270.000 kr. og i kategori B med samme beløb.

Klageren blev højstbydende med en tilbudssum i kategori A på 20.852.100 kr. og i kategori B på 22.257.900 kr.

Klageren har påstået klagen tillagt opsættende virkning. Indklagede har protesteret herimod. Ved afgørelse meddelt parterne den 24. juni 1998 bestemte Klagenævnet, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning.

Der er under sagen nedlagt følgende påstande:

Klageren har påstået indklagede tilpligtet at anerkende, at det skete udbud er stridende med Indkøbsdirektivet, idet indklagede uden grund har undladt at oplyse eller begrunde, hvorfor »CEN«-normen ikke skulle anvendes jfr. art. 8 stk. 1 og 2 sammenholdt med stk. 3.

Klageren har endvidere nedlagt påstand om, at indklagede tilpligtes at lovliggøre udbudet ved at annullere indgåede kontrakter.

Indklagede har i det hele påstået frifindelse. Der er for Klagenævnet afgivet forklaringer af klageren, Hans Jørgen Rasmussen og områdechef hos Rambøll, Hannemann og Højlund, ingeniør Hans Michael Hansen.

Hans Jørgen Rasmussen har blandt andet forklaret, at virksomheden, Humus drives af ham i personligt regi. Der er tale om en handelsvirksomhed,

der siden 1991 har haft et betydeligt agentur for en fransk plasticfabrikationsvirksomhed. Han driver tillige inden for plastindustrien en genanvendelsesvirksomhed. Denne fremstiller ikke affaldsbeholdere. Humus er blandt de tre største leverandører af affaldsbeholdere til danske kommuner. Virksomhedens produkter opfylder ubetinget »CEN«-normerne. Han tog det som givet, at disse også skulle gælde de produkter, indklagede efterspurgte. Hvis disse normer ikke skulle opfyldes, kunne han f.eks. på basis af genindvinding fra affaldsplast have tilbudt et langt billigere produkt. Han var forhindret i at møde til mødet den 16. april 1998. Han vidste fra tidligere, at indklagede havde haft kontakt til en anden virksomhed om affaldsbeholdere, men han vidste på basis af sin viden bl.a. fra et fagmøde, at den virksomheds produkt ikke kunne opfylde »CEN«-normerne. Efter hans opfattelse var der ikke tale om nogen nyskabelse på området. Det »to-delte låg« er set tidligere.

Ingeniør Hans Michael Hansen har bl.a. forklaret, at indklagede havde haft »Fremtidens affaldsbeholder« i EU-udbud. Der var opnået aftale med en virksomhed, der gik konkurs. Dermed var dette projekt strandet. Indklagede var derefter nødt til at foretage nyt udbud. Det var nødvendigt at foretage en omformulering af udbudet. I modsat fald kunne det tænkes, at der ville opstå klager gående ud på, at indklagede forskelsbehandlede de bydende på den måde, at virksomheder, der allerede havde afgivet tilbud, ville opnå en konkurrencefordel på bekostning af eventuelle nytilkommende bydende hvis »CEN«-normen nævnt i udbudsbekendtgørelsen. Ingen af de øvrige tilbudsgiveres syntes at være i tvivl om, at indklagede efterspurgte en reel nyskabelse på området.

Klageren har til støtte for de nedlagte påstande gjort gældende, at Indkøbsdirektivet er tilsidesat, og dette må medføre de af påstanden omfattede konsekvenser for indklagede. Der foreligger ikke en sådan nyskabelse, at indklagede kunne være beføjet til at undlade at anvende »CEN«-normen. Hvis dette skulle accepteres, måtte der være tale om, dels en funktionel nyskabelse, dels om en nyskabelse på andre måder. Det er der ikke tale om her. Der er i øvrigt et krav, at udbudsvilkår udtrykkeligt skal fremgå af udbudsbekendtgørelse og udbudsbetingelserne. Er det ikke tilfældet, må udbudet annulleres og eventuelt indgåede kontrakter ophæves.

Indklagede har til støtte for påstanden om frifindelse gjort gældende, at Indkøbsdirektivet ikke er krænket. Indklagede havde via EU-udbudet opnået den nyskabelse, man ønskede, men projektet kuldsejlede som følge af fabrikantens konkurs. Indklagede havde ingen anden udvej, hvis tanken om et

nyt produkt skulle realiseres, end på ny at udbyde som sket. Der er ikke sket diskrimination eller favorisering af nogen virksomhed ved udbudet. De bydende blev stillet lige. Skulle indklagede have foreskrevet, at »CEN«-normen skulle opfyldes, ville den nyudvikling, der ønskedes ikke have været mulig. Der var lige adgang for alle til at afgive tilbud. Måtte klageren under udbudsproceduren have haft spørgsmål til udbudsbetingelserne, ville sådanne tvivl være afklaret på mødet den 16. april 1998, hvorfra klageren udeblev.

Klagenævnet udtaler:

Efter det for Klagenævnet oplyste lægges det til grund for afgørelsen, at indklagede havde formuleret de samlede udbudsbetingelser på en sådan måde, at det måtte stå de bydende klart, at indklagede ønskede at etablere en affaldshåndtering af ganske anden og mere avanceret art end vanligt. Imidlertid skulle de udbudte beholdere udføres uden noget væsentligt udviklingselement, hvilket Klagenævnet forstår som overensstemmende med kendte produktionsmetoder og principper. Den ønskede udformning kunne opnås uden væsentlige fravigelser af »CEN«-normen, som primært er en kvalitetsnorm. Indklagede burde derfor ved udbudet have henvist til »CEN«-normen, eventuelt med præcisering af de punkter, hvorpå fravigelse kunne accepteres. Indklagede har ved at undlade dette overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 8. Imidlertid finder Klagenævnet, at den af indklagede begåede fejl ikke bør føre til ophævelse af det skete udbud eller til at der pålægges indklagede sagsomkostninger.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Herning Kommune burde ved det skete udbud have meddelt på hvilke områder »CEN«-normen kunne fraviges. Det foretagne udbud annulleres ikke.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

A.F. Wehner

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
Kontorfuldmægtig