

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Niels Henriksen, Helle B. Larsen)

J.nr.: 02-175.306

19. december 2002

K E N D E L S E

Joca Trading A/S
(advokat Torben Korsager, Århus)

mod

Haslev Kommune
(advokat Henrik Hauge Andersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 3. april 2002 udbød Haslev Kommune som offentligt udbud udbud efter direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved direktiv 97/52 (Indkøbsdirektivet), indkøb af affaldsbeholdere.

Udbudsbetingelserne var dateret den 12. april 2002, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. maj 2002 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Joca Trading A/S
2. Humus/Genplast ApS.

Efter at indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med Humus/Genplast ApS, blev kontrakt blev indgået den 10. og 15. juli 2002.

I henhold til udbudsbekendtgørelsen skulle tilbudsgiverne indsende regnskab for 2000. Humus/Genplast ApS' regnskab for 2000, der angav, at 2000 var første regnskabsår, udviste et underskud på ca. 747.000 kr. Det anførtes videre i regnskabet, at selskabet forventede et tilfredsstillende resultat i regnskabsåret 2001.

Den 31. juli 2002 indgav klageren, Joca Trading A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Haslev Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 28. oktober 2002.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Indkøbsdirektivet ved at anvende andre kriterier for tildeling af ordren end anvendt af indklagede under det annullerede udbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 15, stk. 1, og artikel 26 og ligebehandlingsprincippet i Indkøbsdirektivet ved at lade et ikke på forhånd oplyst kriterium – garantiperiodens længde – indgå som det udslagsgivende kriterium ved tildeling af ordren.

Påstand 3

Indklagede tilpligtes at betale klager 650.000 kr. med tillæg af sædvanlig procesrente fra klageskriftets modtagelse i Klagenævnet, til betaling sker, samt klagers sagsomkostninger.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved sin kontakt med en af tilbudsgiverne, Humus ApS, efter tilbudsafgivningen.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagedes tildeling af kontrakten til Humus ApS er ulovlig.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 3, til Klagenævnet har afgjort de øvrige spørgsmål i sagen.

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

Kontrakten mellem indklagede og Humus/Genplast ApS (i kontrakten benævnt Humus ApS, i det følgende omtalt som Humus) har efter Klagenæv-

nets bestemmelse været unddraget fra klagerens aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 15, stk. 1.

Sagens omstændigheder i hovedtræk

I november 2001 udbød indklagede indkøb af affaldsbeholdere som begrænset udbud i henhold til Indkøbsdirektivet. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Om underkriterierne anførtes i udbudsbetingelserne:

»

- Økonomi,	vægtes 30%
- Brugsegenskaber,	vægtes 25%
- Udformning i forhold til arbejdsmiljø,	vægtes 20%
- Leveringssikkerhed,	vægtes 15%
- Design,	vægtes 10%

«

Der blev afgivet tilbud af klageren og Humus.

I et brev af 28. januar 2002 til klageren udtalte indklagedes tekniske rådgiver, Rambøll, at indklagede havde vurderet tilbudet fra Humus som det økonomisk mest fordelagtige. Det udtaltes videre i brevet, at pris og udformning i forhold til arbejdsmiljø og design havde været udslagsgivende.

Klageren gjorde indsigelse herimod og henviste herved til, at Humus' tilbud efter klagerens opfattelse var ukonditions-mæssigt som følge af, at Humus i strid med udbudsbetingelserne ikke havde givet tilbud på affaldsbeholdere med indkast i låg.

Ved brev af 12. april 2002 til klageren oplyste Rambøll, at indklagede havde annulleret udbudsforretningen med henvisning til en af Konkurrencestyrelsen påpeget uklarhed i specifikationen af leverancen.

Indklagede havde kort forinden foretaget det udbud, som denne sag angår, dvs. som nævnt et offentligt udbud af affaldsbeholdere i henhold til udbudsbekendtgørelse af 3. april 2002. Som ligeledes omtalt blev der ved dette udbud på ny afgivet tilbud af klageren og Humus, ligesom indklagede på ny tildelte Humus ordren.

Sagsfremstillingen herfra angår kun det nye udbud.

Udbudet omfattede ikke levering af affaldsbeholdere med indkast. Angivelsen i udbudsbetingelserne af tildelingskriteriet med underkriterier og disses vægtning svarede til de tilsvarende angivelser i udbudsbetingelserne for det første udbud, jf. ovenfor.

I udbudsbetingelserne var under overskriften »Garantier« bl.a. anført, at leverandøren skulle garantere for, at leverancen udførtes i overensstemmelse med god skik og besad de egenskaber, der må anses for sædvanlige, og at leverandøren skulle garantere for, at leverancen opfyldte de krav, der fremgik af udbudsbetingelserne.

I udbudsbetingelserne var under overskriften »Design« bl.a. anført:

»Det skal sikres, at beholderne har mindst 10 års holdbarhed overfor vejrlig, herunder sollys, almindelig slid og rengøring, for så vidt angår materialer, farve og overflade.«

I klagerens tilbud var anført, at der ydedes 7 års garanti på affaldsbeholderne ved normal brug. Det anførtes videre, at affaldsbeholdernes levetid var afhængig af den aktuelle brug, men at den typisk lå mellem 15 og 20 år.

I Humus' tilbud var anført, at der ydedes 10 års fabriksgaranti på de tilbudte affaldsbeholdere ved normal brug, men at beholderne og håndgrebene erfaringsmæssigt kunne holde i 15-20 år. Det anførtes dog yderligere, at det ikke var lykkedes for Humus at få nogen leverandør til at love 10 års garanti med hensyn til labels på affaldsbeholderne, og at Humus derfor ikke turde give mere end 7 års garanti for holdbarheden af labels.

Tilbudsprisen i klagerens tilbud var ca. 5,29 mio. kr., mens tilbudsprisen i Humus' tilbud var ca. 5,7 mio. kr.

I et notat af 3. juni 2002 til indklagede foretog Rambøll en evaluering af de to tilbud i henhold udbudsbetingelsernes angivelser om underkriteriernes indbyrdes vægt. Evalueringen førte til, at de to tilbud begge opnåede samme antal points, og at de var lige økonomisk fordelagtige.

5. eller 6. juni 2002 indstillede indklagedes tekniske forvaltning til indklagedes tekniske udvalg, at ordren tildeltes Humus, og den 11. juni 2002 besluttede teknisk udvalg at acceptere tilbudet fra Humus under forudsætning af, at Rambøll kunne indestå for, at tilbudet fra Humus kunne vælges med baggrund i udbud og tildelingskriterier.

I et brev af 11. juni 2002 til indklagede udtalte Rambøll, at man ikke var i stand til at foretage en indstilling til indklagede om valg af leverandør, og at indklagede derfor selv skulle vælge en leverandør på baggrund af et samlet skøn baseret på de angivne tildelingskriterier.

I et brev af 14. juni 2002 fra Humus til indklagede henvistes til, at Humus havde fået aktindsigt i de ovennævnte udtalelser fra Rambøll m.m. Humus fremkom herefter i brevet med forskellige bemærkninger om Rambøll's vurdering af tilbudene fra klageren og Humus.

I et brev af 18. juni 2002 fra indklagede til Rambøll fremsatte indklagede forskellige kommentarer og spørgsmål til Rambøll's evaluering af tilbudene.

I et brev dateret samme dag til indklagede udtalte Rambøll bl.a., at man ikke kunne indestå for indklagedes valg af Humus, idet pointligheden ikke gav Rambøll mulighed for at udpege en leverandør. Ifølge sin oplysning modtog indklagede først brevet med mail den 21. juni 2002 og med posten den 24. juni 2002.

I et brev af 20. juni 2002 til Humus meddelte indklagede, at man havde besluttet at acceptere Humus' tilbud. I brevet anførtes, at Humus' tilbud var valgt på grundlag af Rambøll's evaluering af tilbudene, og at indklagede ved det endelige valg havde lagt særlig vægt på beholdernes udformning i forhold til arbejdsmiljø og design.

Ved et brev af 11. juli 2002 til indklagede indstillede Rambøll, at indklagede tildelte Humus ordren. I brevet udtaltes:

»...

Baggrunden for valget af Humus er, at den oprindeligt valgte vurderingsmetode ikke i tilstrækkelig grad gav mulighed for at vægte, at garantiperioden for Joca's beholdere er væsentlig kortere end Humus.

Det er således Rambølls opfattelse, at når den indledende pointtildeling falder ud med samme værdi, skyldes det, at det ikke på det tidspunkt, hvor vurderingskriterierne blev opstillet var forventeligt, at der ville blive taget forbehold for garantiperioden.

Dette må imidlertid betragtes som et så væsentligt forbehold, at man med rimelighed kan lægge dette kriterium til grund for et endeligt valg af Humus som leverandør.

...«

Indklagedes kontrakt med Humus blev som ovenfor nævnt underskrevet den 10. og 15. juli 2002.

Ved brev af 15. juli 2002 til klageren gav indklagede oplysning om, at man havde valgt Humus som leverandør. Dette blev i brevet begrundet således:

»Baseret på de 5 tildelingskriterier, økonomi, brugsegenskaber, udformning i forhold til arbejdsmiljø, leveringssikkerhed og design har Haslev Kommune samlet vurderet tilbudet fra Humus ApS som det økonomisk mest fordelagtige. Garantiperioden for beholderne har været udslagsgivende.«

De afgivne forklaringer

Klagerens direktør, Kjeld Rasmussen, har bl.a. forklaret: Grunden til, at man har klaget til Klagenævnet, er følgende: Ved det første udbud havde Humus nogle ukonditions-mæssige forbehold med hensyn til beholdere med indkast i låg, men Rambøll valgte Humus, hvilket klageren protesterede over. Og ved det andet udbud valgte man Humus ved at lægge vægt på noget, der ikke var omfattet af tildelingskriterierne, dvs. garantiperiodens længde. Klageren havde imidlertid opfattet udbudsbetingelserne sådan, at der ikke blev stillet særlige krav vedrørende garantiperiodens længde. Hvis der var blevet krævet 10 års garanti, ville klageren have givet en sådan garanti og ville eventuelt have givet garanti for en længere periode. Ved det andet udbud satte klageren prisen ned i forhold til det første udbud simpelt hen for at få en chance for at få ordren. Det er påfaldende, at indklagede også valgte Humus ved det andet udbud, selvom Humus havde sat prisen op.

John Birkegaard, der er teknisk chef hos indklagede, har bl.a. forklaret: Efter klagerens protest over valget af Humus ved det første udbud forelagde indklagede sagen for sin advokat, der sagde, at en annulation af udbudet ikke var nødvendig, og at indklagede kunne acceptere Humus' tilbud. Rambøll indstillede imidlertid, at udbudet blev annulleret, og indklagedes tekniske udvalg vedtog at følge Rambøll's indstilling. Umiddelbart undrede det indklagede, at Rambøll vurderede beholderne anderledes ved det andet udbud end ved det første, da de to tilbudsgiveres tilbud angik samme beholdere i begge udbudsrunder. Ifølge Rambøll's oplysning var grunden imidlertid, at der ved det andet udbud blev indsendt bedre skriftlig dokumentation vedrørende klagerens beholdere. Rambøll har ikke selv set de tilbudte beholdere, men vurderede dem ved begge udbud på grundlag af den skriftlige dokumentation. Ved det andet udbud valgte indklagede selv beholderne fra Humus efter at have set på nogle af de tilbudte beholdere. Humus' beholdere var lettere at håndtere og virkede væsentligt mere solide end klagerens beholdere. Man kunne faktisk komme til at klemme fingrene i klagerens beholdere. Forvaltningen indstillede derfor til indklagedes tekniske udvalg, at Humus fik ordren, hvilket teknisk udvalg vedtog den 11. juni 2002 under forudsætning af, at Rambøll kunne indestå for, at dette kunne gøres. Kort efter ringede Humus' direktør og spurgte til sagen. John Birkegaard fortalte ham om teknisk udvalgs beslutning. Humus' direktør spurgte, om han måtte se Rambøll's vurdering, og John Birkegaard sendte ham den, da den lå frit fremme på rådhuset som bilag til teknisk udvalgs dagsorden. Humus' efterfølgende brev af 14. juni 2002 blev tilsyneladende sendt, fordi John Birkegaard under telefonsamtalen havde sagt, at han havde en opgave i forhold til Rambøll. Humus' brev fik ikke indflydelse på tildelingen, da beslutningen herom jo var truffet, men fik en vis indflydelse på indklagedes brev af 18. juni 2002 til Rambøll med kommentarer og spørgsmål til Rambøll's vurdering. Dette brev havde ikke til formål at få Rambøll's accept af tildelingen til Humus, da beslutningen herom jo var truffet, men havde kun til formål at få sikkerhed for, at beslutningen var lovlig. Teknisk udvalgs forudsætning herom var imidlertid reelt uden betydning, og indklagedes accept af 20. juni 2002 til Humus blev sendt, før man havde fået svar fra Rambøll på brevet af 18. juni. Accepten blev sendt efter en kort drøftelse mellem formanden for teknisk udvalg og John Birkegaard. Til sidst henvendte indklagede sig til Rambøll's hovedkontor, og man fik derefter Rambøll's brev af 11. juli 2002, hvor Rambøll indstillede Humus som leverandør. Brevet af 15. juli 2002 til klageren, hvor man gav meddelelse om tildelingen af ordren til

Humus, blev udformet af medarbejderen Jim Hansen i John Birkegaards ferie.

Jim Hansen, der er ansat i indklagedes tekniske forvaltning, har bl.a. forklaret: Ved spørgemødet i forbindelse med det første udbud blev der spurgt, om der skulle være lås på affaldsbeholderne. Jim Hansen svarede klart nej. Der var herefter heller ikke grund til, at der skulle være indkast i lågene, hvilket der blev talt om, og Jim Hansen sagde under eller i forbindelse med spørgemødet, at det ikke var nødvendigt. Dette kom ikke med i referatet. Humus' tilbudspris var højere ved det andet udbud end ved det første. Humus' direktør havde på et tidspunkt sagt, at hvis det første udbud skulle gå om, ville han forhøje tilbudsprisen som følgende af stigende plastpriser. Efter Jim Hansens opfattelse var det design og arbejdsmiljø, dvs. beholdernes kvalitet, der var grunden til valget af Humus som leverandør. Indklagede så på beholdere fra begge tilbudsgivere, og Jim Hansen kunne bedst lide Humus' beholdere. Han kunne bl.a. ikke lide håndtagene på klagerens beholdere. Indklagedes brev af 15. juli 2002 til klageren blev formuleret på grundlag af Rambøll's angivelse af, hvad der var udslagsgivende, og man fik Rambøll's accept af brevet. Beslutningen om tildeling af ordren til Humus var truffet på teknisk udvalgs møde den 11. juni 2002.

Parternes anbringender

Vedrørende påstand 1

Klageren har gjort gældende: Rammerne for de to udbud har været de samme, og de bydende har måttet kunne indstille sig på, at der har været tale om de samme kriterier, der blev vurderet på samme måde. Dette følger af lighedsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, og der foreligger intet, der har kunnet begrunde en forskellig vurdering. Ved det andet udbud har indklagede imidlertid efter sin tilkendegivelse lagt vægt på garantiperiodens længde. Hertil kommer, at indklagede efter det nu fremkomne muligvis i virkeligheden har lagt vægt på andre forhold, hvilket strider mod gennemsigtighedsprincippet.

Indklagede har gjort gældende: Evalueringen af tilbudene fandt sted under anvendelse af de oplyste underkriterier. Angivelsen af garantiperiodens længde som udslagsgivende var ikke helt præcis, idet det afgørende var, at

indklagede vurderede klagerens beholdere til at have en ringere holdbarhed end Humus' beholdere. Dette understøttedes af de forskellige holdbarhedsgarantier i de to tilbud. Endvidere var de to udbudsforretninger ikke identiske, idet tilbudspriserne var forskellige, og idet der blev indsendt yderligere materiale under den anden udbudsforretning.

Vedrørende påstand 2

Klageren har gjort gældende: Udbudsbetingelsernes angivelse af, at beholderne skulle have 10 års holdbarhed, kan ikke forstås som et krav om garanti herom, bl.a. fordi der ikke var indeholdt noget om holdbarheden i udbudsbetingelsernes afsnit om garanti. Ved at lægge vægt på garantiperiodens længde har indklagede således anvendt et underkriterium, der ikke var oplyst i udbudsbetingelserne. Selvom det imidlertid antages, at det har været korrekt at lægge vægt på garantiperiodens længde, har vægtningen været ukorrekt i forhold til den vægtning, der var angivet i udbudsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende: Garantiperiodens længde var ikke et nyt underkriterium, men indgik under de to underkriterier, med hensyn til hvilke Humus fik flest points ved evalueringen, dvs. arbejdsmiljø og design.

Vedrørende påstand 4

Klageren har gjort gældende: Indklagede har markant overtrådt det udbudsretlige forhandlingsforbud ved sin kontakt med Humus efter tilbudenens indgivelse, men før tildelingsbeslutningen. Den endelige tildelingsbeslutning kan tidligst anses for at være truffet den 20. juni 2002, da indklagede skrev til Humus om, at denne virksomhed havde fået ordren. Indklagede har udleveret rådgiverens notat til den ene tilbudsgiver, hvilket der ikke har været pligt til efter offentlighedsloven, som i øvrigt må fortolkes i overensstemmelse med EU's udbudsregler, og der har været telefonisk kontakt. Indklagede har endvidere ladet sig påvirke af Humus brev af 14. juni 2002, hvilket fremgår af, at indklagedes brev af 18. juni 2002 til Rambøll er præget af Humus' brev. De nævnte forhold er endvidere i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Indklagede har gjort gældende: Der har ikke været ført forhandlinger mellem indklagede og Humus. Humus' henvendelse var uopfordret og skete efter tildelingsbeslutningen, der fandt sted den 11. juni 2002. Der har ikke været noget galt i, at indklagede sendte Humus Rambøll's vurdering, da den

lå frit tilgængeligt for offentligheden på rådhuset og i øvrigt var omfattet af offentlighedens adgang til aktindsigt efter offentlighedsloven.

Vedrørende påstand 5

Klageren har gjort gældende: Humus' adgang til Rambøll's evaluering og Humus' mulighed for at påvirke indklagedes tildelingsbeslutning har haft væsentlig betydning for tildelingsbeslutningen, der derfor er ulovlig. Klageren har videre anført, at hele forløbet bærer præg af favorisering af Humus. Indklagede valgte Humus, selvom Humus' regnskab for 2000 viste et betydeligt underskud. Man tildelte Humus ordren ved det første udbud, selvom Humus' tilbud var ukonditionsmæssigt, og da det uholdbare heri blev påpeget, annullerede man udbudet. Ved det andet udbud valgte man Humus, selvom der var pointlighed ved evalueringen af tilbudene, og selvom klagerens tilbud havde den laveste pris. Man lagde endvidere ved tildelingen vægt på et underkriterium, der ikke var angivet i udbudsbetingelserne, og man så tilsyneladende ikke på alle de tilbudte holdere.

Indklagede har i det væsentligste henvist til sine anbringender vedrørende de øvrige påstande.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Når en udbyder har annulleret et udbud og derefter iværksætter et nyt udbud om den samme ydelse, fører EU's udbudsregler ikke til en pligt for udbyderen til at udforme eller administrere det nye udbud i overensstemmelse med det annullerede udbud.

Allerede som følge heraf tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 2

Udbudsbetingelserne stillede krav om, at leverandøren skulle garantere for, at leverancen opfyldte de krav, der fremgik af udbudsbetingelserne, og udbudsbetingelserne angav desuden, at affaldsbeholderne skulle have mindst 10 års holdbarhed. Udbudsbetingelserne må herefter forstås sådan, at leverandøren skulle garantere for, at beholderne havde mindst 10 års holdbarhed. Indklagede var derfor berettiget til at lægge vægt på, at der i klagerens

tilbud kun blev givet 7 års garanti for affaldsbeholderne, medens Humus i sit tilbud anførte, at der blev givet 10 års fabriksgaranti for affaldsbeholderne.

Allerede som følge heraf tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 4

Klagenævnet lægger efter sagens oplysninger til grund, at den egentlige tildelingsbeslutning blev truffet af indklagedes tekniske udvalg den 11. juni 2002. Den kontakt mellem indklagede og Humus, som påstanden angår, fandt sted senere, og indklagede har allerede som følge heraf ikke overtrådt det EU-retlige forhandlingsforbud ved kontakten.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 5

Den omhandlede kontakt mellem Humus og indklagede fandt som nævnt sted efter tildelingsbeslutningen og har derfor ikke kunnet påvirke denne. Klagenævnet finder endvidere ikke i sagens oplysninger grundlag for at gå ud fra, at indklagede har evalueret tilbudene i strid med udbudsbetingelserne, eller at indklagede på anden måde har favoriseret Humus.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1 tages ikke til følge.

Påstand 2 tages ikke til følge.

Behandlingen af påstand 3 er udsat.

Påstand 4 tages ikke til følge.

Påstand 5 tages ikke til følge.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Det pålægges ikke indklagede, Haslev Kommune at betale sagsomkostninger til klageren, Joca Trading ApS.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig