

K E N D E L S E

Miri Stål A/S
(advokat K. Dalsgaard Hansen, Brovst)

mod

Esbjerg Kommune
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse af 9. maj 2003 udbød Esbjerg Kommune som offentligt udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved direktiv 97/52 (Indkøbsdirektivet) indkøb af affaldsstativer af træ med visse metaldele samt udbringning af affaldsstativerne til de enkelte ejendomme og hjemtagning af de tidligere anvendte affaldsstativer.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 13. juni 2003, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 2. juli 2003 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Brovst Blikvarefabrik og Varmgalvanisering.
2. Miri Stål A/S.
- 3...
- 4...

Den 14. august 2003 afviste Esbjerg Kommune tilbudene fra tilbudsgiverne 3. og 4. med begrundelse, at disse tilbud ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Den 1. september indgik Esbjerg Kommune kontrakt med tilbudsgiveren 1. Brovst Blikvarefabrik og Varmgalvanisering (Brovst Blikvarefabrik).

Den 16. oktober 2003 indgav klageren, tilbudsgiveren 2. Miri Stål A/S (Miri Stål), klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Esbjerg Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 31. oktober 2003 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 16. januar 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at tage tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelserne, idet de tilbudte affaldsstaters krævningsgaffel og låg ikke var af rustfrit metal som foreskrevet i udbudsbetingelserne.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at se bort fra klagerens tilbud, der var det eneste konditionsmæssige tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at lade ansatte i firmaet Marius Pedersen A/S deltage i evalueringen af de tilbudte affaldsstater, selvom Marius Pedersen A/S havde økonomiske interesser i valget af tilbudsgiver.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at tage tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik i betragtning, selvom dette tilbud ikke som foreskrevet i udbudsbetingelserne var vedlagt erklæringer fra og regnskaber m.m. for Marius Pedersen A/S, der indgik i et konsortium/joint venture med Brovst Blikvarefabrik.

Påstand 5

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 1.667.644 kr. kr. med procesrente fra 16. oktober 2003.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 5 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet vil efter afsigelse af kendelse vedrørende påstand 1 – 4 fortsætte behandlingen af påstand 5, medmindre klageren tilbagekalder klagen for så vidt angår denne påstand.

I udbudsbetingelsernes punkt 2.9 var anført, at tilbudene skulle være vedlagt forskellige oplysninger om og erklæringer fra tilbudsgiveren, og at sådanne oplysninger/erklæringer også skulle vedlægges for konsortie- og joint venture-partnere, der forventedes at bidrage med mere end 10% af ordrens værdi. Det anførtes videre bl.a., at hvis der anvendtes underleverandører, der hver især ville bidrage med mere end 10% af værdien, skulle der gives nærmere angivne oplysninger om underleverandøren.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af nogle nærmere fastsatte underkriterier.

I udbudsbetingelsernes punkt 3.4 var anført:

»Kravspecifikation

...

Alle dele af metal, der indgå skal som minimum være rustbeskyttet eller fremstillet af rustfrie metaller.

Renovationsstativet skal bestå af en varmgalvaniseret indvendig stålramme/stålskelet, hvorpå der er monteret en træbeklædning.

Træbeklædningen skal være fremstillet af høvlet og affaset trykimprægneret træ. Renovationsstativet skal leveres med en krængningsgaffel til papirsække. Krængningsgafflen skal være fremstillet af rustfrit metal.

Låge og låg

Det enkelte renovationsstativ skal være udstyret med låg, som brugeren af stativet skal åbne ved aflevering af affald.

Låget på stativet skal være fremstillet af rustfrit metal samt udformet således at kraftig vind ikke kan åbne låget.

...«

En krængningsgaffel er en anordning til fastgøring af en affaldssæk.

Tilbudet fra klageren angik et affaldsstativ med krængningsgaffel og låg af rustfrit stål AISI 304. De øvrige tilbud angik affaldsstativer med krængningsgaffel og låg af galvaniseret jern.

I tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik var fa. Marius Pedersen A/S angivet som underleverandør med hensyn til den praktiske udførelse af udskiftning af renovationsstativerne m.m.

Klagerens direktør Verner Lund Jensen har bl.a. forklaret, at klageren ikke tidligere har leveret affaldsstativer med rustfrit metal. Man undrede sig imidlertid ikke over udbudsbetingelsernes krav om, at krængningsgaffel og låg skulle være af rustfrit metal. Man ser sådanne krav i stigende omfang i forskellige sammenhænge, og et krav om rustfrit metal er ikke mindst naturligt i Esbjerg som følge af klimaforholdene der.

Indklagedes medarbejder Dorthe H. Søb har bl.a. forklaret: Udbudssagen blev varetaget i et samarbejde mellem Dorthe H. Søb og Mette N. Sørensen hos indklagedes rådgiver Carl Bro A/S. Man ønskede affaldsstativerne udformet med metal, der ikke kunne ruste. Galvaniseret jern var tilstrækkeligt, og der var ikke krav om rustfrit metal, fx rustfrit stål. Hvis der havde været et sådant krav, havde en nærmere specifikation været nødvendig. Tilbudsgiverne leverede affaldsstativer på prøve, og disse affaldsstativer blev afprøvet før tildelingsbeslutningen. I afprøvningen deltog medarbejdere fra Marius Pedersen A/S. Disse medarbejdere var renovatører. Man var opmærksom på risikoen for inhabilitet, og man sørgede derfor for, at renovatørerne ikke kunne se, hvilken tilbudsgiver det enkelte stativ kom fra. Renovatørerne kunne i øvrigt bedst lide klagerens stativ.

Ingeniør Mette N. Sørensen hos indklagedes rådgiver, Carl Bro A/S, har bekræftet Dorthe H. Søes forklaring og har i øvrigt bl.a. forklaret: Det var Mette N. Sørensen, der udformede udbudsbetingelserne. Det var ikke hen-

sigten at stille specifikke krav til rustbeskyttelsen. Formuleringen »rustfrit metal« vedrørende krængningsgaffel og låg skyldes en tanketorsk.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende: Udbudsbetingelserne stillede krav om, at krængningsgaffel og låg skulle være af rustfrit metal. Tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik opfyldte imidlertid ikke dette krav og kunne derfor ikke tages i betragtning.

Indklagede har gjort gældende: Det fremgår af udbudsbetingelserne, at det var tilstrækkeligt, at krængningsgaffel og låg var udført af rustbeskyttet metal, og alle tilbudsgiverne bortset fra klageren forstod også udbudsbetingelserne på denne måde. Tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik opfyldte således udbudsbetingelserne og kunne derfor tages i betragtning. Klageren kunne have spurgt, hvorledes udbudsbetingelserne skulle forstås på det omtalte punkt og ville da have fået oplyst, at rustbeskyttet metal var tilstrækkeligt.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende: Klagerens tilbud var det eneste tilbud, der opfyldte udbudsbetingelserne, og indklagede har derfor været uberettiget til ikke at antage det.

Indklagede har gjort gældende, at også tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, jf. indklagedes anbringender ad påstand 1. Der har i det højeste været tale om en lille, uvæsentlig fejl i formuleringen af udbudsbetingelserne.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende: Indklagede har overtrådt det almindelige ligebehandlingsprincip, der ligger til grund for Indkøbsdirektivet, ved at lade medarbejdere fra Marius Pedersen A/S deltage i evalueringen af de

tilbudte affaldsstativer, uanset at Marius Pedersen A/S var interesseret i udbudssagen udfald.

Indklagede har gjort gældende: Indklagede har ikke overtrådt udbudsreglerne ved at lade medarbejdere fra Marius Pedersen A/S deltage i evalueringen. De pågældende medarbejdere havde ikke noget med tilbudssagen at gøre og vidste ikke, hvilke tilbudsgivere de enkelte stativer kom fra. Hertil kommer, at de vurderede klagerens stativer højest.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik ikke opfyldte udbudsbetingelserne med hensyn til oplysninger og erklæringer vedrørende Marius Pedersen A/S.

Indklagede har gjort gældende, at de krævede oplysninger vedrørende Marius Pedersen A/S blev givet i tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik A/S.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Såvel efter almindelig sprogbrug som efter teknisk sprogbrug gælder: Begreberne rustfrit metal og rustbeskyttet metal er ikke synonyme. Rustfrit metal er metal, der ikke kan ruste, fx rustfrit stål, hvorimod rustbeskyttet metal er metal, der kan ruste, men som er forsynet med en rustbeskyttende overflade, fx i form af galvanisering. Sondringen mellem rustfrit og rustbeskyttet metal er også anvendt i udbudsbetingelserne, der desuden angav, at krængningsgaffel og låg skulle være fremstillet af rustfrit metal.

Udbudsbetingelserne kan herefter kun forstås således, at kravet om, at krængningsgaffel og låg skulle være af rustfrit metal, skulle tages bogstaveligt, således at rustbeskyttet metal ikke var tilstrækkeligt med hensyn til disse dele af affaldsstativerne. Det er uden betydning, hvad der var tilsigtet på dette punkt, eller om formuleringen skyldtes en fejl.

Tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik angik affaldsstativer med krængningsgaffel og låg af galvaniseret jern og var således ikke i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Indklagede har derfor overtrådt det ligebehandlingsprincip, der ligger til grund for Indkøbsdirektivet, ved at tage tilbudet i betragtning.

Påstand 1 tages herefter til følge.

Ad påstand 2

Denne påstand går reelt ud på, at Klagenævnet skal konstatere, at indklagede var forpligtet til at tildele klageren ordren som følge af, at klageren var den eneste tilbudsgiver, hvis tilbud opfyldte udbudsbetingelserne.

Det er uafklaret, om de EU-retlige regler om udbud i visse situationer kan føre til et retskrav for en tilbudsgiver til at få tildelt en kontrakt i henhold til et EU-udbud. Et sådant retskrav må imidlertid i hvert fald forudsætte, at udbyderen ikke har haft ret til at annullere udbudet.

Det kan ikke udelukkes, at indklagede i den foreliggende sag havde været berettiget til at annullere udbudet, hvis man efter at have modtaget tilbude-
ne havde indset, at udbudsbetingelserne kunne forstås anderledes end tilsig-
tet med hensyn til udførelsen af krængningsgaffel og låg. Der er imidlertid
ikke procederet nærmere herom, hvorfor Klagenævnet ikke kan tage stilling
til spørgsmålet.

Som følge af det anførte kan Klagenævnet ikke tage stilling til påstand 2.

Det bemærkes, at Klagenævnet ved sin senere behandling af erstatnings-
spørgsmålet har kompetence til at vurdere sandsynligheden for, at klageren
ville have fået tildelt kontrakten, hvis indklagede ikke havde overtrådt Ind-
købsdirektivet som beskrevet ad påstand 1.

Ad påstand 3

Det er en overtrædelse af det ligebehandlingsprincip, der ligger til grund for
Indkøbsdirektivet, at indklagede lod medarbejdere fra Marius Pedersen A/S
deltage i evalueringen af de tilbudte affaldsstativer, da Marius Pedersen A/S

som underleverandør til tilbudsgiveren Brovst Blikvarefabrik var økonomisk interesseret i udbudssagens udfald.

Det er uden betydning, om medarbejderne fra Marius Pedersen A/S ikke umiddelbart kunne se, hvilke tilbudsgivere de enkelte affaldsstativer kom fra, eller hvorledes disse medarbejdere vurderede affaldsstativerne, da deres deltagelse i evalueringen under alle omstændigheder har medført risiko for, at der blev taget usaglige hensyn ved evalueringen.

Påstand 3 tages herefter til følge.

Ad påstand 4

Klagenævnet har ved en gennemgang af Brovst Blikvarefabriks tilbud – der har været undtaget fra klagerens aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 15, stk. 1 – konstateret, at tilbudet ikke var i strid med udbudsbetingelserne som beskrevet i påstanden.

Påstand 4 tages herefter ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1:

Indklagede Esbjerg Kommune har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at tage tilbudet fra Brovst Blikvarefabrik og Varmgalvanisering i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelserne, idet de tilbudte affaldsstativers krængningsgaffel og låg ikke var af rustfrit metal som foreskrevet i udbudsbetingelserne.

Påstand 3:

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at lade ansatte i firmaet Marius Pedersen A/S deltage i evalueringen af de tilbudte affaldsstativer, da Marius Pedersen A/S havde økonomiske interesser i valget af tilbudsgiver.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 2.

Påstand 4 tages ikke til følge.

Indklagede, Esbjerg Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Miri Stål A/S, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig