

K E N D E L S E

Rubæk & Co A/S
(advokat Povl Nick Bronstein, København)

mod

Renovationsselskabet ESØ 90 I/S
(advokat Henriette Soja, Hellerup)

Den 18. juni 2012 indgav klageren, Rubæk & Co A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Renovationsselskabet ESØ 90 I/S. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Ved kendelse af 13. juli 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klageren har under denne sag nedlagt påstande som anført nedenfor i kendelsen af 13. juli 2012.

Sagen er behandlet uden medvirken af sagkyndige medlemmer, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 4.

Sagens nærmere omstændigheder:

Klagenævnets kendelse af 13. juli 2012 har følgende ordlyd:

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:»

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Joca A/S, uagtet at de tilbudte plastaffaldsbeholdere ikke opfyldte de gældende love og offentlige bestemmelser, der var relevante for indklagedes udbud, herunder Arbejdstilsynets regler, forskrifter, og herunder AT-Vejledning D.3.1, punkt 8.1.1, om en håndgrebshøjde på ca. 70 % af gennemsnitlig skulderhøjde i arbejdssituationen, svarende til ca. 1 meter samt med mulighed for regulering af håndgrebshøjden ca. 10 cm. op og ned.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele den udbudte kontrakt til Joca A/S, uagtet at Joca A/S ikke tilbød den ”laveste pris”.

Påstand 3a

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 6. juni 2012 om tildeling af den udbudte rammeaftale til Joca A/S

Påstand 3b

Klagenævnet skal pålægge indklagede at lovliggøre udbudsproceduren, således at tilbuddet fra Joca A/S ikke indgår i indklagedes tilbudsvurdering.

«

Indklagede har taget bekræftende til genmæle overfor påstand 1, 2 og 3a. Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 3b ikke tages til følge, og at klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Indklagede har ved breve af 29. juni 2012 til blandt andre klageren annulleret udbuddet.

Andre oplysninger i sagen:

Indklagede udbød ved udbudsbekendtgørelse 2012/S 74-122214 af 13. april 2012 ved offentligt udbud en rammeaftale med en løbetid på 4 år om indkøb til levering af nærmere angivne mængder plastaffaldsbeholdere. Udbudsbekendtgørelsen blev offentliggjort i EU-tidende den 17. april 2012.

Indklagede meddelte ved skrivelse til tilbudsgiverne af 6. juni 2012 at indklagede agtede at indgå aftale med Joca A/S efter stand still periodens udløb.

Efter indlevering af nærværende klage besluttede indklagede at annullere udbuddet. I annullationsbrevet af 29. juni 2012 står bl.a.:

»...

Renovationsselskabet ESØ 90 I/S har på den baggrund gennemgået udbudsmaterialet på ny og må erkende, at der er en række uklarheder i materialet, ligesom udbudsprocessen ikke har været gennemført på gennemsigtig vis. Disse forhold bevirker efter Renovationsselskabet EØS 90 I/S' vurdering, at Renovationsselskabet EØS 90 I/S ikke lovligt har kunnet træffe tildelingsbeslutning på grundlag af den gennemførte udbudsproces.

...«.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

...

En beslutning om at tillægge en klage opsættende virkning indebærer, at udbudsprocessen sættes i bero, til klagenævnet har truffet afgørelse om, hvorvidt udbudsreglerne er overtrådt.

Indklagede har annulleret udbuddet, og det giver derfor ikke mening at tage stilling til en begæring om opsættende virkning.

Klagerens begæring herom tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

«

Det efterfølgende forløb

Parterne fremkom ikke med yderligere processkrifter efter klagenævnets kendelse af 13. juli 2012.

Klageren har på klagenævnets forespørgsel om, hvorvidt klageren hævdede sagen, i en e-mail af 4. oktober 2012 anført:

»...klagen opretholdes.

Klagesagen vedrører det principielle spørgsmål, hvornår fejl i tilbud er så åbenbare, at der opstår en kontrolpligt for den ordregivende myndighed. Det bemærkes i den sammenhæng, at sagen på visse punkter er en videreførelse af Klagenævnets kendelse af 19. februar 2010, HUMUS/Genplast v/Hans Jørgen Rasmussen mod Fredensborg Kommune (Fredensborg-sagen), hvor Klagenævnet udtalte, at klager i den konkrete sag ikke havde godtgjort, at det skulle have været åbenbart for Fredensborg Kommune, at de i sagen tilbød 2- hjulede affaldsbeholdere ikke levede op til AT-vejledningernes anbefalinger om håndgrebshøjden.

Klager i nærværende sag (der har opkøbt klager i Fredensborg-sagen) har som direkte konsekvens af nævnets kendelse i Fredensborg-sagen i sine tilbud indføjet et detaljeret beskrivende tilbudsdokument (klagesagens Bilag 3.2) med relevante underbilag, herunder Arbejdstilsynets skrivelse af 12. marts 2009 (klagesagens Bilag 3.3.C), for netop at gøre ordregivende myndigheder opmærksomme på, at der ved myndighedernes respektive udbud af 2-hjulede affaldsbeholdere sædvanligvis blev tilbudt affaldsbeholdere, der ikke overholdt arbejdsmiljølovgivningens krav, herunder kravene i AT-vejledningerne. Dette var også tilfældet i nærværende klagesag, hvor indklagede som bekendt har taget bekræftende til genmæle.

Samme problematik gør sig dog ligeledes gældende i andre sager, hvor ordregivende myndigheder udbyder 2-hjulede affaldsbeholdere, men hvor de tilbød beholdere ikke overholder arbejdsmiljøkrav. Det bemærkes i den sammenhæng, at der aktuelt verserer flere sager vedrørende ovennævnte forhold ved Klagenævnet, herunder sager mod Renosyd I/S og Sorø Kommune.

Det er på dette grundlag særdeles væsentligt for klager, at der afsiges kendelse i sagen, da dette efter omstændighederne vil videreudvikle nævnets praksis på området samt nærmere fastlægge rammerne for, hvornår fejl i et tilbud er så åbenbare, at der opstår en kontrolpligt for ordregivende myndigheder, herunder i hvor høj grad klager kan medvirke til at gøre sådanne fejl åbenbare for indklagede samt andre ordregivende myndigheder.

Det er endvidere ubestridt, at klager ved sagens anlæg har haft retlig interesse i sagen, og det forhold at indklagede efterfølgende har taget bekræftende til genmæle understreger netop, at der er sket en udbuds-

retlig overtrædelse i sagen, som kan danne grundlag for en kendelse fra Klagenævnet.

Klager skal i øvrigt begære sig tilkendt sagsomkostninger, (i) idet indklagede først efter klagens indgivelse – og trods en forudgående skriftlig henvendelse fra klager, jf. klagesagens Bilag 5 og Bilag 6 – besluttede ikke at opretholde sin oprindelige tildelingsbeslutning, og (ii) idet indklagede i øvrigt har taget bekræftende til genmæle over for klagers påstande 1, 2 og 3a.

«

Indklagede har efter modtagelse af klagerens brev af 4. oktober 2012 nedlagt påstand om, at klagen afvises. Indklagede har til støtte herfor anført, at klageren ikke længere har retlig interesse i, at klagenævnet træffer afgørelse i sagen. Indklagede har hertil anført, at vurderingen af, om der foreligger retlig interesse jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 1, skal foretages i lyset af kontroldirektiverne. Det medfører, at klageren ikke alene skal have eller skal have haft interesse i at få tildelt en bestemt kontrakt, men tillige skal have eller skal kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse. Den sidste betingelse er ikke opfyldt. Dertil kommer at der, som følge af indklagedes annullation af udbuddet, ikke længere består en konkret og aktuel retstvist.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet finder, at klageren både da klagen blev indgivet og på nuværende tidspunkt havde og har fornøden retlig interesse. Afvisningspåstanden tages derfor ikke til følge.

Det følger af håndhævelseslovens § 10, stk. 1, at klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende af den pågældende.

Indklagede har erkendt overtrædelserne og annulleret udbuddet.

Klagenævnet tager derfor klagerens påstand 1 og 3a til følge.

Klagerens påstand 2 er subsidær i forhold til påstand 1. Da klagenævnet har taget påstand 1 til følge, tages påstand 2 ikke under påkendelse.

Der er ikke nedlagt påstand om, at indklagedes annulation er ulovlig. Der er herefter ikke grundlag for at tage klagerens påstand 3b, om lovliggørelse ved en ny evaluering, til følge.

Sagsomkostningerne er fastsat i henhold til § 9, stk. 4, 2. pkt. i bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud og under hensyn til, at indklagede annullerede udbuddet kort efter klagens indlevering.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Joca A/S, uagtet at de tilbudte plastaffaldsbeholdere ikke opfyldte de gældende love og offentlige bestemmelser, der var relevante for indklagedes udbud, herunder Arbejdstilsynets regler, forskrifter, og herunder AT-Vejledning D.3.1, punkt 8.1.1, om en håndgrebshøjde på ca. 70 % af gennemsnitlig skulderhøjde i arbejdssituationen, svarende til ca. 1 meter samt med mulighed for regulering af håndgrebshøjden ca. 10 cm. op og ned.

Indklagedes beslutning af 6. juni 2012 om tildeling af den udbudte rammeaftale til Joca A/S annulleres

Klagerens påstand 3b tages ikke til følge.

Indklagede skal inden 14 dage til klageren betale sagsomkostninger med 5.000 kr. til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Ida Maria Westphall
kontorfuldmægtig