

K E N D E L S E

Rubæk & Co. A/S
(konsulent Hans Jørgen Rasmussen, Åbyhøj)

mod

Gentofte Kommune
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse 2012/S 180-296117 af 14. september 2012 udbød I/S Vestforbrænding på vegne af indklagede, Gentofte Kommune, som offentligt udbud en kontrakt om levering af affaldsbeholdere. Det drejede sig nærmere om navnlig 10.000 stk. 2-hjulede 140-litersbeholdere, 800 stk. 2-hjulede 190-litersbeholdere, 200 stk. 2-hjulede 240-litersbeholdere og 8.500 stk. 2-hjulede 240 litersbeholdere med opdeling / skillevæg. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ved tilbudsfristens udløb den 29. oktober 2012 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

- 1) Joca A/S
- 2) Rubæk & Co. A/S (klageren)

Den 3. december 2012 meddelte indklagede via e-mail, at kommunen havde truffet afgørelse om at tildele kontrakten til Joca A/S.

Den 11. december 2012 indgav klageren klage til klagenævnet. Klageren anmodede samtidig om, at klagenævnet skulle tillægge klagen opsættende

virkning. Klageren tilbagekaldte senere denne begæring, og klagenævnet traf ikke beslutning om at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt 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 tilbød 2-hjulede affaldsbeholdere ikke opfyldte de gældende love og offentlige bestemmelser, der var relevante for indklagedes udbud, herunder Arbejdstilsynets regler, forskrifter samt bestemmelserne i standarden DN 840's A-deviation, herunder bestemmelserne i AT-Vejledning D.3.1, punkt 8.1.1.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 3. december 2012 om tildeling af den udbødte kontrakt til Joca A/S.

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

I udbudsbetingelserne står der blandt andet:

»1.3 Udbudsmaterialet.

...

1.3.2 Ydelserne udbydes på følgende grundlag:

- Gældende love og bekendtgørelser,
- DS/EN 840 1 – 6, med tilhørende A-deviation
- Nærværende udbudsmateriale,
- Eventuelle supplerende skriftlige meddelelser i tilbudsperioden.

...

1.4.3 Forbehold

Der accepteres ikke forbehold over for udbudsmaterialet.

...

1.5.3 Tilbuddets udformning

...

Tilbudsgiver skal, uden udgift for udbyder, stille et eksemplar af de tilbudte beholdere, inkl. låg, samt eksempel på prægning og indstøbning til rådighed for besigtigelse senest på dagen for tilbudsafgivelsen...«

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud« med underkriterierne »pris« (70 %) og »kvalitet« (30 %).

I indklagedes kravspecifikation står der blandt andet:

»1.4 Opbygning af beholderen

1.4.1 Generelle krav til beholdere

For alle beholdere gælder følgende nedenstående generelle forhold ...

Beholderne skal være CE-mærket i henhold til DS/EN 840-1 til 840-6: 2004-04-09 med tilhørende A-deviation.

...

Der må ikke være monteret yderligere dele eller komponenter på beholderkrop eller låg, end de i dette materiale beskrevne dele og komponenter.

...«

Af udbudsbetingelsernes bilag 1 »Betingelser« var det i § 6 om »Leverancen og ændringer i kontraktperioden« blandt andet anført:

»Opgaven skal udføres i overensstemmelse med gældende miljø-, arbejdsmiljø-, sundheds- og sikkerhedsforskrifter«

I klagerens tilbud var det i et bilag om »Oplysninger om (u)konditionsmæssigheden af 2-hjulede affaldsbeholdere uden håndgreb, jf. arbejdsmiljølovgivningens regler« blandt andet anført, at flere af klagerens konkurrenter, efter klagerens oplysninger, leverede 2-hjulede standard affaldsbeholdere, herunder de af indklagede efterspurgte beholdere med et nominelt volumen på 190 - 240 l, der ikke levede op til en række af Arbejdstilsynets bestemmelser, retningslinjer og funktionskrav. Det var i den forbindelse blandt andet anført:

»Vi har ... naturligvis noteret os, at Gentofte Kommune ikke i udbudsmaterialet har anført, at Arbejdstilsynets vejledninger (At-vejledninger ...), der ikke i sig selv udgør bindende forskrifter, er gældende for nærværende udbudsforretning.

Dette er dog efter vores opfattelse i ikke ensbetydende med, at det anførte i vejledningerne ikke skal efterleves. Det bemærkes således, at vejledningerne udspringer af den relevante arbejdsmiljølovgivning,

som tilbudsgiverne naturligvis skal overholde såvel ved afgivelse af tilbud som i en eventuel aftaleperiode.

...

Det bemærkes dog, at Gentofte Kommune i § 6 i Udbudsmaterialets Bilag 1 har anført, at opgaven skal udføres i overensstemmelse med de gældende miljø-, arbejdsmiljø-, sundheds- og sikkerhedsforskrifter, hvormed Gentofte Kommune ... bl.a. har gjort ovennævnte AT-vejledninger til ufravigelige mindstekrav, når også henses til udbudsvilkårenes punkt 1.4.3, hvorefter der ikke accepteres forbehold over for udbudsmaterialet. «

Tilbuddet var vedlagt en række yderligere bilag.

Blandt disse var et brev af 12. marts 2009 fra Arbejdstilsynet til klageren. Det fremgår blandt andet af brevet:

»I Deres henvendelse til Arbejdstilsynet d. 17. februar 2009 stiller De en række spørgsmål til forståelsen af retningslinjerne for træk og skub i At-vejledningen D. 3.1 Løft, træk og skub.

...

Ved skub fremad vil en passende håndgrebshøjde generelt være fra 90 – 110 cm. afhængig af personens højde ...

En håndgrebshøjde på 83 cm. ved skub fremad vil ... ikke være i overensstemmelse med Arbejdstilsynets retningslinjer ...

...

Vedrørende Deres spørgsmål om træk af beholderen med en arm bagved kroppen er dette ... 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 ...«

Klagerens tilbud var endvidere vedlagt et notat af august 2012 udarbejdet af afdelingschef, cand. scient. Jakob U. Christiansen fra virksomheden Grontmij. Af notatet fremgik blandt andet følgende:

»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 stand-plads, ved transport mellem standplads og renovationsvogn og ved påsætning på lift ved indlæsning.

Dette betjenings-interval kan ikke opnås med den gængse 2-hjulede affaldsbeholder, som den er beskrevet i DS/EN 840-serien (derfor indeholder standardserien 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 betjenings-interval 90 – 110 cm. i opretstående/gående arbejdsstilling.

...

Argumentation for sammenfatningens konklusioner:

Argumentationen vil følge en logisk kæde af udsagn i Arbejds miljøloven og dens tilhørende bekendtgørelser samt vejledningerne til disse. Endvidere vil europæiske standarder og et fortolkningsbidrag fra Arbejdstilsynet blive inddraget. Den konkrete kilde er angivet ...

1. Arbejdet skal planlægges, tilrettelægges og udføres således, at det sikkerhedsmæssigt og sundhedsmæssigt er fuldt forsvarligt. Kilde: Arbejds miljølovens § 38
2. Anerkendte normer eller standarder, som har sikkerheds- eller sundhedsmæssig betydning, skal følges. Kilde: Arbejds miljølovens § 38, stk. 2
3. Beskæftigelsesministeren kan fastsætte nærmere regler om, hvilke krav der skal være opfyldt, for at arbejdet kan anses for fuldt forsvarligt planlagt, tilrettelagt og udført, herunder om forkerte arbejdsstillinger, bevægelser eller belastninger. Kilde: Arbejds miljølovens § 39
4. Ved udførelse af arbejdet skal det sikres: At udformning af arbejdspladser, inventar, tekniske hjælpemidler samt valg af arbejds- og produktionsmetoder så vidt muligt passer til de personer, der skal benytte disse. Kilde: Bekendtgørelsen om Arbejdets udførelse § 10

5. Unødige fysiske belastninger samt uhensigtsmæssige arbejdsstillinger eller bevægelser skal undgås. Belastningen under arbejdet skal derfor være så lille, som det er rimeligt under hensyntagen til den tekniske udvikling, og fastsatte grænser skal overholdes. Kilde: Bekendtgørelse om Arbejdets udførelse § 17
6. Maskiner, maskindele, beholdere skal være indrettet og skal anvendes således, at de er sikkerheds- og sundhedsmæssigt fuldt forsvarlige. Anerkendte normer og standarder skal følges. Kilde Arbejds miljøloven § 45.
7. Et teknisk hjælpemiddel, som må påregnes at kunne blive genstand for flytning, transport, opstilling og montage, skal udformes under hensyn hertil og om nødvendigt forsynes med anordninger, således at flytning mv. kan ske på sikkerheds- og sundhedsmæssigt fuldt forsvarlig måde. Kilde: Bekendtgørelsen om Indretning af tekniske hjælpemidler § 50
8. Et teknisk hjælpemiddel, der anvendes ved udførelsen af et arbejde, skal være egnet eller tilpasset hertil, så anvendelsen er sikkerheds- og sundhedsmæssigt fuldt forsvarlig. Der skal vælges hjælpemidler (fx beholder) under hensyn til dette. Hvis hjælpemidlet desuagtet ikke er forsvarligt ift. sikkerhed og sundhed kan skal det imødegås med egnede foranstaltninger (fx håndgreb med flexibel håndgrebshøjde. Kilde: Bekendtgørelsen om Anvendelsen af tekniske hjælpemidler § 4 & § 5 incl. Stk. 2,3 og 4
9. Ved efterkommelsen af gældende krav vedrørende anvendelsen af et teknisk hjælpemiddel skal der i fuldt omfang tages hensyn til den pågældende arbejdsplads og til arbejdsstillingen under anvendelsen samt øvrige ergonomiske forhold. Kilde: Bekendtgørelsen om Anvendelsen af tekniske hjælpemidler § 5 stk 3
10. Egnede tekniske hjælpemidler skal bruges, når det er muligt og hensigtsmæssigt, og altid når den manuelle transport indebærer fare for sikkerhed eller sundhed. Kilde: Bekendtgørelsen om Manuel håndtering (§ 5) og § 6
11. 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 beholdertype, byrde, underlag, pladsforhold mv. Kilde: At-vejledning D.2.24 om Indretning og brug af renovationssystemer
Det betyder, at håndgrebene skal være placeret i en hensigtsmæssig højde
12. 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 (interval 90 – 110 cm). Kilde At-vejledning D.3.1 om Løft, træk og skub og At-vejledning A.1.15 om Arbejdspladsens indretning og inventar.

13. Af den opklarende skrivelse [af 12. marts 2009] fra Arbejdstilsynet ... fremgår det, at Arbejdstilsynet anser en håndgrebsmulighed mellem 90 og 110 cm for passende til den danske befolkning (baseret på 90 pct. af ”danskernes højde”). Det fremgår at en arbejds højde på fx 83 cm under transport af teknisk hjælpemiddel (her affaldsbeholder) ikke er i overensstemmelse med Arbejdstilsynets retningslinjer.
14. Arbejdstilsynet definerer selv, at en At-vejledning har følgende status i forhold til de anbefalinger og retningslinjer en At-vejledning indeholder:
Virksomhederne kan vælge andre fremgangsmåder mv, men Arbejdstilsynet vil i så fald vurdere, om den valgte fremgangsmåde er lige så god og i overensstemmelse med reglerne.«

Ved e-mailen af 3. december 2012 om tildelingsbeslutningen meddelte indklagede klageren, at tilbuddet fra klageren var ukonditionsmæssigt, blandt andet som følge af, at klageren i strid med udbudsbetingelsernes pkt. 1.4.1 havde tilbudt affaldsbeholdere med monteret bøjlehåndtag.

Klageren har ikke påklaget indklagedes afgørelse om at anse virksomhedens tilbud for ukonditionsmæssigt.

I Arbejdstilsynets vejledning »AT-Vejledning D.3.1« om »Løft, træk og skub«, som klageren har henvist til i påstand 1, er det under pkt. 8.1.1 blandt andet anført:

»8.1.1 Transportmateriellets design

...

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.«

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 volu-

men på 140 liter eller mere skal have en minimum håndgrebshøjde på 80 cm »*in a tilted position*«. Som Annex A til standarden om A-deviationer er der anført følgende:

[Udeladt]

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

Klageren har sammenfattende navnlig gjort gældende, at det forhold, at AT-vejledning D.3.1 udgør ikke-bindende forskrifter, umiddelbart kunne gøre det nærliggende at antage, at kravene heri ikke udgjorde mindstekrav til tilbuddene, men at en sådan antagelse på grund af brevet fra Arbejdstilsynets direktør af 12. marts 2009, som klageren har benævnt »instruks«, ikke er korrekt. Klageren har i den forbindelse endvidere henvist til pkt. 1-14 i notatet af august 2012 fra Jacob U. Christiansen, Grontmij.

Indklagede var således forpligtet til at afvise tilbuddet fra Joca A/S som ukonditionsmæssigt, idet bestemmelserne i AT-vejledning D.3.1 – således som disse konkret er blevet fortolket ved Arbejdstilsynets brev (»instruks«) af 1. marts 2009 – udgør en del af den arbejdsmiljøretlige regulering, som i sagens natur er en del af indklagedes udbudsgrundlag, og som indklagede har pligt til at iagttage. De af Joca A/S tilbudte 2-hjulede affaldsbeholdere opfyldte ikke de gældende arbejdsmiljøregler, idet de tilbudte beholderes håndgrebshøjde kun var på ca. 70-85 cm i arbejdssituationen. Dette var eller burde være åbenbart for indklagede – navnlig i lyset af de bilag, som klageren havde vedlagt sit tilbud, og af, at tilbudsgiverne samtidig med de skriftlige tilbud indleverede vareprøver af de omtvistede 2-hjulede affaldsbeholdere. Det følger af ordlyden af A-deviationen, at bekendtgørelse om manuel håndtering samt AT-anvisning D.2.24 og D.3.1 er gældende lovgivning for området og dermed gældende for nærværende sag.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at tilbuddet fra Joca A/S fuldt ud levede op til de gældende love og bestemmelser, som var relevante for udbuddet. AT-vejledning D.3.1 er ikke bindende for kommunen, heller ikke som følge af Arbejdstilsynets brev af 12. marts 2009. Kommunen havde ikke i udbudsbetingelserne stillet krav om, at de tilbudte affaldsbeholdere skulle leve op til kravene i AT-vejledning D.3.1. For det tilfælde, at klagenævnet måtte finde, at kommunen havde stillet krav om overholdelse af den nævnte vejledning, har indklagede navnlig gjort gældende, at der ikke ved gennemgangen af tilbuddet fra Joca A/S var forhold, som indikerede, at anvendelsen af de affaldsbeholdere, som Joca A/S tilbød, ikke ville kunne ske i overensstemmelse med de gældende love og bestemmelser, som var relevante for udbuddet eller AT-vejledning D.3.1. A-deviationen er ikke lovgivning, men blot en standard.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tildelingsbeslutning skal annulleres på grund af den overtrædelse af udbudsreglerne, der er omtalt i påstand 1.

Indklagede har gjort gældende, at kommunen ikke har overtrådt udbudsreglerne som påstået af klageren, og at der derfor ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet for Udbud kan efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. alene tage stilling til, om der foreligger overtrædelse af de særlige udbudsretlige regler om indgåelse af offentlige kontrakter. Klagenævnet kan således som udgangspunkt ikke tage stilling til, om indklagede – som hævdet af klageren – i henhold til de arbejdsmiljøretlige regler var forpligtet til at stille særlige krav til de udbudte affaldsbeholdere. Afgørende for, om klagenævnet kan tage klagerens påstand til følge, er derfor i første omgang alene, om indklagede udbudsretligt havde fastsat mindstekrav til håndgrebshøjden for de tilbudte affaldsbeholdere.

Indklagede havde – i modsætning til, hvad der var tilfældet i klagenævnets kendelse af 19. februar 2010, Humus/Genplast v/Hans Jørgen Rasmussen mod Fredensborg Kommune – ikke i udbudsbetingelserne udtrykkeligt fastsat, at det var et mindstekrav, at de tilbudte affaldsbeholdere overholdt anbefalingerne i AT-vejledning D.3.1 om »Løft, træk og skub«, pkt. 8.1.1 vedrørende håndgrebshøjde.

Indklagede havde derimod fastsat, at ydelserne blev udbudt på grundlag af gældende »love og bekendtgørelser«. En så generel og upræcis henvisning til lovgivningen indebærer ikke, at der udbudsretligt var fastsat mindstekrav til håndgrebshøjden for de tilbudte affaldsbeholdere. Heller ikke det forhold, at den nævnte AT-vejledning knytter sig til den gældende arbejdsmiljølovgivning, indebærer, at indklagede ville være berettiget til at håndhæve de deri anførte anbefalinger til håndgrebshøjden som udbudsretlige mindstekrav til de tilbudte affaldsbeholdere. Det, der er anført i brevet af 12. marts 2009 fra Arbejdstilsynets direktør til klageren, kan ikke føre til et andet resultat.

Indklagede havde endvidere i udbudsbetingelserne fastsat, at ydelserne blev udbudt på grundlag af blandt andet »DS/EN 840 1 – 6, med tilhørende A-deviation«, ligesom det var anført, at beholderne skulle være »CE-mærket i henhold til DS/EN 840-1 til 840-6 med tilhørende A-deviation«. Det er ubestridt, at de tilbudte affaldsbeholdere opfyldte kravet i selve standarden, og spørgsmålet er herefter, hvilke yderligere mindstekrav til de tilbudte affaldsbeholdere der eventuelt kan udledes af den såkaldte A-deviation. Af det ovenfor citerede afsnit af standarden om A-deviationen fremgår, således som denne er forelagt for klagenævnet, at standarderne EN 840-1 til 840-6 ikke lever op til den danske lovgivnings krav om sundhed og sikkerhed. Der henvises i den forbindelse til bekendtgørelse nr. 867 af 13. oktober 1994 og bekendtgørelse nr. 1164 af 16. december 1994. I tilknytning hertil anføres, det, at »The Legal understanding« af bekendtgørelserne fremgår af AT-anvisninger, hvorved der specifikt henvises til AT-anvisning 4.1.0.1 fra 1993 og AT-anvisning 4.1.0.2 fra 1996. Sidstnævnte AT-anvisning blev dog aldrig udstedt. Afslutningsvis anføres det herefter: »Therefore the manual handling and use of containers described in EN 840-1 to EN 840-6 Denmark can be met with additional requirements«. Efter denne ordlyd fastsætter deviationen ikke i sig selv yderligere krav til f.eks. containernes håndgrebshøjde, idet der alene fastsættes en mulighed for, at Danmark kan håndhæve videregående lovgivningsmæssige krav til manuel »handling and

use« af affaldsbeholdere. Der er således ikke på grundlag af udbudsbetingelsernes henvisning til denne A-deviation tilstrækkeligt klart fastsat krav om en bestemt mindste håndgrebshøjde til de tilbudte affaldsbeholdere.

Heller ikke bestemmelsen i kontraktudkastets § 6 om, at opgaven skulle udføres »i overensstemmelse med« blandt andet gældende arbejdsmiljø-»forskrifter«, indebærer, at indklagede ville have været berettiget til at anse overholdelsen af anbefalingerne i AT-vejledning D.3.1 »Løft, træk og skub«, pkt. 8.1.1 for at være et mindstekrav til de tilbudte affaldsbeholdere.

Klagenævnet tager på den baggrund ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig