

K E N D E L S E

Rubæk & Co. A/S
(advokat Majse Jarlov, Hellerup)

mod

Københavns Kommune
(advokat Jesper Fabricius, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 098-176998 af 19. maj 2015 udbød Københavns Kommune, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt om levering af 800 liter glasbeholdere til indsamling af glasaffald i Københavns Kommune. Kontraktens løbetid var 5 år med option på forlængelse i 1 år. Den årlige mængde, som Københavns Kommune anslog at have behov for, var ca. 380 beholdere. Tildelingskriteriet var det ”økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 19. maj 2015, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde Rubæk & Co. A/S (”Rubæk”), og Joca A/S (”Joca”) afgivet tilbud. Den 31. august 2015 meddelte Københavns Kommune Rubæk, at selskabets tilbud ved tilbudsevalueringen var blevet anset for ukonditionsmæssigt, fordi tilbuddet ikke opfyldte mindstekrav vedrørende et kvalitetssikringssystem. Kommunen tildelte kontrakten til Joca, hvis tilbud var blevet anset for konditionsmæssigt.

Den 10. september 2015 indgav Rubæk klage til Klagenævnet for Udbud over Københavns Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbuds-

reglerne m.v., § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning.

Rubæk har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (i det følgende benævnt ”udbudsdirektivet”), herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at have erklæret tilbuddet fra Joca A/S for ukonditionsmæssigt, uagtet Joca A/S’ tilbudte glasbeholdere er udstyret med hjul, som ikke lever op til udbudsmaterialets mindstekrav.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Københavns Kommunes beslutning om at erklære Joca A/S’ tilbud for konditionsmæssigt og annullere Københavns Kommunes beslutning om at indgå den udbudte kontrakt med Joca A/S som følge af den konstaterede overtrædelse i påstand 1.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal udstede et påbud om, at Københavns Kommune skal lovliggøre udbudsforretningen ved at genoptage tilbudsevalueringen og erklære Joca A/S’ tilbud for ukonditionsmæssigt jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 13, stk. 1, nr. 3.

Rubæk har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Københavns Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge og har protesteret imod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Sagen er behandlet på skriftligt grundlag efter § 10, stk. 6, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne og afgøres inden udløbet af den i § 12, stk. 3,

nævnte frist. Der tages derfor ikke stilling til, om klagen skal have opsættende virkning.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne er der i punkt 3 redegjort for udbudsmaterialet. Det hedder herefter:

” ...

Kommunen opfordrer til, at tilbudsgiver alene vedlægger tilbuddet den dokumentation og de bilag, der efterspørges i Udbudsmaterialet. Tilbudsgiver bør således afholde sig fra at vedlægge materiale, der ikke er efterspurgt i Udbudsmaterialet, herunder tilbudsgivers almindelige salgs- og leveringsbetingelser. Såfremt tilbudsgiver på trods heraf har vedlagt materiale, der ikke er efterspurgt i Udbudsmaterialet, vil Kommunen i sin evaluering af tilbuddet se bort fra sådant materiale, hvilket tilbudsgiver accepterer ved sin afgivelse af tilbuddet.

...”

Det fremgår af kravspecifikationen, som findes som bilag 1 til udbudsbetingelsernes kontraktudkast, at de udbudte 800 l glasbeholdere dels skal dække en kommende kampagne for at øge antallet af opstillede glasbeholdere i Københavns Kommune, dels dække kommunens løbende behov ved udskiftning af eksisterende glasbeholdere. Kommunens behov i forbindelse med kampagnen anslås til ca. 200 stk. årligt, hvortil kommer ca. 180 stk. årligt, der anslås at være kommunens behov ved udskiftning af eksisterende glasbeholdere.

Det er i udbudsbetingelserne bestemt, at tilbudsgiverne skal aflevere ét eksemplar (leveringsprøve) af den tilbudte 800 liter glasbeholder til COWI A/S, som var kommunens rådgiver i udbudssagen, senest på dagen for udløbet af fristen for afgivelse af tilbud. Om kravene til leveringsprøven hedder det:

”Leveringsprøven skal opfylde de i kravspecifikationen stillede krav og være i overensstemmelse med den 800 liter glasbeholder, som tilbudsgiver tilbyder. Det accepteres dog, at leveringsprøven i mindre omfang afviger fra den endelige leverance. Dette forudsætter dog, at tilbudsgiver i sit skriftlige tilbud vedlægger en tegning eller en beskrivelse af, på hvilke punkter og hvordan leveringsprøven afviger fra de endelige leverancer, således at det er entydigt for Ordregiver, hvordan de endelige glasbeholdere er udformet. Tilbudsgiver skal i sit skriftlige tilbud godt-

gøre, at den endelige leverance opfylder de i kravspecifikation stillede krav.”

Om kravene til beholderens hjul er anført i kravspecifikationen:

”Beholderen skal have monteret fire hjul med gaffel. Hjulene skal udføres i henhold til DS/EN 840-1 til 840-6: 2013. Bemærk, at i henhold til DS/EN 840-5 er det et krav, at vedligeholdelsestrækraften for 4-hjulede beholdere ikke overstiger 285 N, og igangsættelsestrækraften ikke overstiger 300 N.

Hjulstørrelsen skal være minimum 200 mm, og rullebanen skal udføres i sort, halvelastisk og chokdæpende gummi med lav rullemodstand. ... Hjulene skal være drejelige og fastgøres til gaffel med bolt og møtrik. Hjullemøtrikkerne skal være vedligeholdelsesfrie.

Der skal være monteret retningspærre på de 2 hjul på beholderens ene korte side, mens de to øvrige hjul skal monteres med en kort bagudrettet medløbende hjulbremse (frontstop og totalbremse), som maksimalt går 30 mm ud over hjulets ydre periferi. Hjulbremserne skal kunne betjenes med tåspidsen.

...

Joca har i en produktbeskrivelse, der er vedlagt tilbuddet, anført følgende om den tilbudte glasbeholder, Glassy:

...

I hvert hjørne af beholderen er monteret hjul i gaffel. Glassy er monteret med 200 mm hjul for [at] opnå lavest muligt trækraftbehov til både igangsætning og kontinuerlig kørsel. De 2 hjul på den ene kortsiden af beholderen er drejehjul med bremse (frontstop og totalbremse) og de 2 hjul monteret på den modstående kortsiden er forsynet med retningsbremse, således at beholderen er nem at styre, og ikke opfører sig som en vildfaren indkøbsvogn.

...

Note vedr. medsendte leveringsprøve af Glassy:

På leveringsprøven er der monteret en anden type hjul end den type Glassy leveres med til Københavns Kommune.

De hjul der er monteret på leveringsprøven har den korrekte diameter (Ø200 mm)

Vareprøve af det hjul der bliver monteret til Københavns Kommunes bestillinger er vedlagt leveringsprøven.

De hjul der er monteret på Glassy til Københavns Kommune, er af typen der er vist på tegningerne vedlagt som bilag 4A, 4B, og 4C. Hjulet herunder lever op til kravene i EN840-5, både i forhold til igangsætningstrækkraft (max 300 N) og vedligeholdelsestrækkraft (285 N). Dette fremgår ligeledes af tegningerne, at både drejehjul med bremse og hjulet med retningsbremse er testet i henhold til proceduren i den nævnte norm.
...”

Joca vedlagde tegninger over hjul fra hjulproducenten Wicke, model ”L 4-S FSTRSK-(RFST 2x180°) / 186891”.

Rubæk har oplyst, at forkortelsen FSTR betegner en ikke-medløbende bremse, mens forkortelsen FSTF betegner en medløbende bremse.

De 2 bydendes tilbudssummer var:

Rubæk: 1.718.740 kr. + moms.

Joca: 2.808.200 kr. + moms.

I Københavns Kommunes tildelingsbrev er der redegjort for de forhold vedrørende Rubæks tilbud, der bevirkede, at tilbuddet ikke blev anset for konditionsmæssigt. Det hedder videre i brevet:

”Vi kan meddele, at Københavns Kommune har besluttet, at den udbudte leverance tildeles Joca A/S, der som den eneste har afgivet et konditionsmæssigt tilbud.
...”

I brev af 10. september 2015 besvarede Københavns Kommune en henvendelse fra Rubæk. Det hedder i brevet:

” ...

For så vidt angår spørgsmålet om konditionsmæssigheden af Jocas tilbud bemærkes det, at Københavns Kommune har vurderet, at den tilbudte beholder er monteret med retningspærre på de 2 hjul på beholderens ene korte side, og at de 2 øvrige hjul er monteret med en kort bagudrettet medløbende hjulbremse (frontstop og totalbremse) og dermed opfylder de opstillede mindstekrav, jf. kravspecifikationens pkt. 3.2.

Denne vurdering er baseret på følgende:

Joca har i sit tilbud oplyst, at ...

...

Endelig har Københavns Kommune ved den tekniske gennemgang af den indsendte vareprøve kunnet konstatere, at denne opfylder mindstekravene, ligesom den indsendte vareprøve af det hjul, der vil blive monteret på beholderne, ligeledes lever op til mindstekravene for beholderens hjul.

For så vidt angår de indsendte tegninger, som du henviser til i den e-mail, bemærkes det, at disse tegninger efter Kommunens opfattelse alene er vedlagt som dokumentation for, at hjulene opfylder kravene i DS/EN 840-5 i forhold til igangsætningskraft og vedligeholdelseskraft, selvom der ikke er krav om indsendelse af dokumentation herfor. Disse tegninger er derfor ikke inddraget i evalueringen.

...

COWI A/S har for Københavns Kommune evalueret tilbuddene. Det fremgår af COWI A/S' evalueringsrapport af 31. august 2015, at tilbuddet fra Joca er vurderet "på et jævnt niveau i forhold til mindstekravene til kvalitet, og prisen vurderes rimelig i forhold til den tilbudte kvalitet".

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Rubæk har gjort gældende, at kravet om, at hjul skal være forsynet med bagudrettet medløbende hjulbremse betyder, at hjulet skal indeholde den drejefunktionalitet, at hjulet ved beholderens skub automatisk vil vende bagud i forhold til kørselsretningen, hvorved hjulbremsen er synlig og dermed kan aktiveres umiddelbart af den, der betjener beholderen. De krav, som Københavns Kommune har stillet til beholderens hjul, er nøje afstemt med Arbejdstilsynets anvisninger, jf. således AT-vejledning D.2.24-1 og Arbejdstilsynets checkliste til udbydere ved udarbejdelse af udbudsmateriale ved afhentning af dagrenovation (september 2002). De tegninger, som Joca har vedlagt sit tilbud, viser, at de tilbudte glasbeholdere ikke forsynes med hjul med medløbende bremse. De tilbudte glasbeholdere opfylder således ikke de mindstekrav, som udbyderen har stillet til glasbeholderne. Københavns Kommune har derfor været forpligtet til at erklære tilbuddet fra Joca for ikke konditionsmæssigt.

Tilbuddet fra Joca er uklart, idet det hjul, som Joca har fremsendt et billede af, og som Joca vil opfylde kontrakten med, har en foranrettet hjulbremse.

Det samme gør sig gældende med den vareprøve, som Joca har fremsendt, og som viser hjul med en foranrettet bremse. Denne uklarhed kan ikke bortfortolkes til fordel for Joca, idet en tilbudsgiver selv må bære risikoen for uklarheder i sit tilbud. Denne uklarhed må betragtes som et forbehold for et mindstekrav i udbudsmaterialet. Kommunen er derfor afskåret fra at tildele kontrakten til Joca. Såfremt kommunen ønsker at indgå kontrakt, er kommunen nødsaget til at foretage et fornyet udbud.

Københavns Kommune har blandt andet gjort gældende, at de glasbeholdere, som Joca har tilbudt, er udstyret med et bremsesystem, der lever op til udbudsmaterialets mindstekrav. Joca har i sit tilbud bekræftet, at den tilbudte glasbeholder er monteret med 200 mm hjul, at de to hjul på den ene korte side er monteret med bremse (frontstop og totalbremse), og at de to hjul på den anden korte side er monteret med retningsbremse. Jocas beholderprøve er monteret med ”bagudrettet medløbende hjulbremse”. Jocas beskrivelser af afvigelser fra beholderprøven vedrører alene selve hjulet og ikke bremsesystemet. Den hjulprøve, som er beskrevet i Jocas tilbud, lever op til kravene til selve hjulene, herunder i forhold til igangsætningstrækkraft og vedligeholdelsestrækkraft (overholdelse af DS/EN 840-5). Joca har i sit tilbud oplyst, at hjulet svarer til de hjul – bortset fra diameteren – som Joca har monteret på de beholdere, som Joca tidligere har leveret til Københavns Kommune. Der er også ”bagudrettet medløbende bremse” på hjulene på de eksisterende beholdere. Der er ingen uklarhed i Jocas tilbud. Joca har tilbudt at levere en beholder svarende til den indleverede beholderprøve (bortset fra hjuldiameteren), som overholder mindstekravene, men med en positiv afvigelse, idet den tilbudte beholder forsynes med hjul, der har bedre køreegenskaber end dem, der er på beholderprøven.

Joca medsendte endvidere en leveringsprøve på det hjul, som vil blive monteret på glasbeholderen. En sammenligning af de billeder, der blev sendt med tilbuddet, af det hjul, der er monteret på leveringsprøven og billedet af det hjul, der vil blive monteret på de tilbudte glasbeholdere viser, at der er forskel på hjulcenteret/fælgene på de to hjul.

Endelig har Joca i sit tilbud oplyst, at det tilbudte hjul er af samme type og konstruktion som de hjul, der er monteret på andre beholdere, der i dag leveres til Københavns Kommune, med den eneste forskel, at diameteren på disse hjul er 160 mm og ikke 200 mm som forudsat i udbudsbetingelserne.

Bortset fra diameteren er der tale om hjul af samme type som det tilbudte hjul, som opfylder mindstekravene til hjulene i nærværende udbud.

Københavns Kommune har på denne baggrund været berettiget til ved evalueringen at lægge til grund, at den tilbudte beholder, herunder hjulene, opfylder de opstillede mindstekrav. Københavns Kommune har opfattet de tegninger, som Joca havde indsendt sammen med tilbuddet, som dokumentation for, at hjulene opfylder kravene i DS/EN 840-5 i forhold til igangsættelsestrækraft og vedligeholdelsestrækraft, idet tegningerne ikke har noget at gøre med hverken kravet om retningspærre eller kravet om frontstop/totalbremse. Der var dog ikke i udbudsmaterialet krav om, at tilbudsgiverne skulle indsende dokumentation for overholdelse af kravene i DS/EN 840-5. Der var ved evalueringen ikke tvivl om, at tilbuddet fra Joca levede op til mindstekravene. Der var ikke i udbudsmaterialet krav om fremsendelse af tegninger, og kommunen har derfor i overensstemmelse med udbudsbetingelserne ikke inddraget tegningerne i evalueringen af tilbuddet.

Ad påstand 2 og 3

Rubæk har blandt andet gjort gældende, at Københavns Kommune har begået en kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne ved at anse Jocas tilbud for konditionsmæssigt. Overtrædelsen har haft betydning for udfaldet af udbudsforretningen, idet kommunen burde have annulleret udbudsforretningen og eventuelt foretage et genudbud med en reel konkurrence om den udbudte kontrakt. Da klagen er indgivet inden udløbet af standstill-perioden, er det muligt for kommunen at foretage en lovliggørelse af udbudsforretningen ved en genoptagelse af tilbudsvurderingen og afvisning af tilbuddet fra Joca.

Københavns Kommune har bestridt, at der er grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 31. august 2015, da der ikke er begået fejl ved tilbudsevalueringen. Kommunen har fundet tilbuddet fra Joca konditionsmæssigt og foretaget en evaluering af tilbuddet fra Joca og fundet, at tilbuddet var tilfredsstillende set i forhold til de opstillede krav, både med hensyn til kvalitet og pris. Kontrakten er derfor tildelt Joca, men ikke fordi selskabet var den eneste konditionsmæssige tilbudsgiver.

Der er intet grundlag for at påbyde kommunen at genoptage tilbudsevalueringen.

Klagenævnet udtaler:

I udbudsbetingelserne var der fastsat krav til blandt andet størrelsen af hjulene på de udbudte beholdere og krav om, at beholderne er monteret med retningspærre på hjulene på den ene korte side og en kort bagudrettet medløbende hjulbremse med frontstop og totalbremse på de modstående hjul. Joca har i sit tilbud angivet, på hvilke punkter leveringsprøven adskiller sig fra de beholdere, som denne tilbudsgiver ville opfylde den udbudte kontrakt med. Der er ikke grundlag for at forstå denne beskrivelse eller de hjultegninger, Joca vedlagde tilbuddet, som et forbehold over for udbudsbetingelserne.

Da tilbuddet fra Joca derfor er konditionsmæssigt, og da der heller ikke er grundlag for at antage, at Københavns Kommune ikke har foretaget en fyldestgørende evaluering af tilbuddet fra Joca, tages klagen ikke til følge.

Efter sagens udfald skal Rubæk betale sagsomkostninger til Københavns Kommune. Efter sagens omfang og forløb fastsættes beløbet til 5.000 kr.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Rubæk & Co. A/S skal senest 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 5.000 kr. i sagsomkostninger til Københavns Kommune.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig