

Klagenævnet for Udbud

(Katja Høegh, Trine H. Garde, Kaj Kjærsgaard)

J.nr.: 2010-0022114

6. januar 2011

K E N D E L S E

Scan-Plast Produktion A/S

(advokat Charlotte Pors, Vinderup)

mod

Aalborg Kommune, Forsyningsvirksomhederne

(advokat Klaus Iversen, Aalborg)

Forsyningsvirksomhederne i Aalborg Kommune indgik den 15. maj 2009 aftale med Tunetanken A/S om to leverancer, hvorefter der skulle leveres dels 3 stk. pumpesumpe og dels 1 doseringstank i glasfiber. Leverancernes samlede værdi var 1.241.000 kr. Effekterne skulle anvendes som bygherreleverancer i to kloakentrepriser. Der blev ikke indhentet tilbud fra andre leverandører.

Den 8. juni 2010 indgav klageren, Scan-Plast Produktion A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Silkeborg Kommune.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 2, stk. 1, ved ikke at have indhentet tilbud på levering af pumpesumpe og doseringstank vedrørende afskæring af Mou Renseanlæg ved offentlig eller begrænset licitation eller ved underhåndsbud, hvorunder

der, jf. lovens § 12, stk. 4, blev indhentet mindst to bud, uagtet der er tale om et bygge- og anlægsarbejde omfattet af tilbudslovens afsnit I.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 15 c, stk. 1, ved ikke forud for indhentning af tilbud og tildeling af ordren på pumpe-sumpe og doseringstank vedrørende afskæring af Mou Renseanlæg at have offentliggjort en annonce i pressen eller i et elektronisk medie vedrørende opgaven, uagtet der er tale om et vareindkøb omfattet af tilbudslovens afsnit II, jf. lovens § 15 a, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 2.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 15. maj 2009 om at indgå kontrakt med Tunetanken A/S.

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

Oplysningerne i sagen

Forsyningsvirksomhederne i Aalborg Kommune anmodede ved brev af 21. april 2009 Tunetanken A/S om tilbud på levering af 3 stk. pumpe-sumpe samt 1 doseringstank i glasfiber i forbindelse med et afskæringsprojekt for nedlæggelse af Mou Renseanlæg. Det indkøbte skulle anvendes som byggerleverancer i to kloakentrepriser, som Aalborg Kommune, Forsyningsvirksomhederne, havde udbudt i offentlig licitation efter tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001/338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende henholdsvis

- etablering af 2. etape af supplerende nye afskærende ledninger med tilhørende pumpestationer frem til Aalborg Renseanlæg Øst, ("Storvorde – Klarup 2009 – Afskærende ledning") – udbudt ved udbudsbrev af 15. april 2009 - og om
- etablering af ny afskærende pumpestation på Fjordvej i Mou samt en ny afskærende spildevandledning i Fjordvej i Mou som led i nedlæggelse af to eksisterende pumpestationer og tilledning af spildevand til den nye pumpestation samt etablering af pumpestation på Egensevej. ("Fjordvej – Mou 2009 – Afskæring af pumpeledning") – udbudt ved udbudsbrev af 6. maj 2009.

De to entrepriser udgjorde sammen med en tredje entreprise et afskæringsprojekt, som var et led i gennemførelsen af en byrådsbeslutning om at nedlægge Mou Renseanlæg.

Der blev indgået aftale med Tunetanken A/S ved kommunens to breve af 15. maj 2009 om accept af selskabets tilbud på leverancer til en værdi af 539.000 kr. til brug for ”Fjordvej – Mou 2009 – Afskæring af pumpeledning” og til en værdi på 702.000 kr. til brug for ”Storvorde – Klarup 2009 – Afskærende ledning”-entreprisen. Der blev ikke indhentet tilbud fra andre leverandører.

I et notat af 13. august 2009, som indklagede har udarbejdet efter fra klageren at have fået en forespørgsel om, hvorfor opgaven ikke var blevet udbudt, fremgår blandt andet.

»3.2 valg af udbudsform

Pumpesumpene er indkøbt som bygherreleverance på projekterne. Baggrunden ... er at sikre optimal tidsudnyttelse i projektfasen og effektiv koordinering i forhold til sideløbende projektering og udbud på bl.a. maskinentreprise og el-entreprise samt stille og sikre høje kvalitetskrav til pumpesumpene, pga. de krævende installationsforhold.

...«

Af punkt 3.3 fremgår, at indklagede i projektfasen havde spurgt Tunetanken A/S, HOBAS i Sverige, Flowtite i Norge, ITT Water & Watewater, Grundfos og RC Beton, om de kunne levere det ønskede og var interesserede i at afgive tilbud. Kun Tunetanken A/S havde meddelt at kunne løse opgaven og være interesseret i at byde. Flere af de øvrige virksomheder henviste til Tunetanken A/S som den eneste mulige leverandør af de ønskede dimensioner. Grundfos oplyste tillige om en mulig norsk leverandør, men angav samtidig, at anvendelse af denne leverandør ville give problemer i relation til tilladelse til færgefart og betyde ekstraordinært høje transportomkostninger. Indklagede har desuden oplyst at have foretaget undersøgelser vedrørende mulige leverandører via internettet.

Af en intern arbejdsseddel fremgår, at en medarbejder hos klageren, Carsten Østergaard, den 7. april 2009 var på salgsbesøg hos indklagede. Ifølge sedlen blev klagerens produktportefølje, herunder særligt inden for glasfiber, drøftet. Det fremgår endvidere, at indklagede modtog klagerens brochure.

Af brochurens forside fremgår, at klageren er leveringsdygtig inden for alle størrelser af brønde m.v. Indklagede har bekræftet, at det nævnte besøg fandt sted, og at indklagede modtog brochuren. Parterne er i øvrigt uenige om, hvad der nærmere blev oplyst og drøftet under mødet vedrørende de pumpesumpe, som denne sag drejer sig om.

Indklagede har oplyst, at den samlede værdi af arbejderne vedrørende afskæring af ledningerne var:

Første etape:

»Fjordvej – Mou 2009» 3.871.611 kr.

Anden etape:

»Storvorde – Klarup 2009» 9.656.033 kr.

Indklagede har endvidere oplyst, at pumpesumpene skulle monteres på spildevandshovedledninger på udvalgte lokationer som buffer ved pumpestationer, som vist på nogle af indklagede fremlagte fotografier. Indklagede mener som følge heraf, at kontrakten om pumpesumpe m.v. dermed vedrører bortledning eller rensning af spildevand, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 4, litra b.

Drikkevands- og kloakforsyningen i Aalborg Kommune blev frem til den 12. april 2010 drevet af indklagede under cvr.nr. 29189420.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at i og med entrepriserne for »Fjordvej – Mou 2009 – Afskæring af pumpeledning« og »Storvorde – Klarup 2009 – Afskærende ledning« er udbudt i licitation efter tilbudsloven, var indklagede forpligtet til at udbyde indkøbet af pumpesumpe og doseringstank til brug for projektet på samme måde. Det gør ikke nogen forskel, at indkøbet er udskilt som en bygherreleverance. Da der ikke er foretaget offentlig eller begrænset licitation, jf. tilbudslovens § 2, stk. 1, og ej heller indhentet underhåndsbud fra mindst to, jf. § 12, stk. 4, er disse bestemmelser tilsidesat. Indklagede har – navnlig i lyset af de oplysninger, indklagede havde modtaget om klagerens produktportefølje, før ordren blev afgivet - ikke løftet

bevisbyrden for, at der ikke var andre mulige leverandører end Tunetanken A/S.

Indklagede har principalt gjort gældende, at indkøbet er sket til brug for rensning eller bortledning af spildevand, det vil sige virksomhed omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, og dermed virksomhed, som, jf. tilbudslovens § 1, stk. 3, nr. 2, ikke er omfattet af tilbudslovens afsnit I. Indklagede har subsidiært gjort gældende, at pumpesumpene var en bygherreleverance, som der ikke selvstændigt var pligt til at udbyde efter afsnit I i tilbudsloven. Indklagede har mere subsidiært gjort gældende, at der ikke var andre mulige leverandører end Tunetanken A/S, og at det også af denne grund var berettiget at undlade at følge de i afsnit I i tilbudsloven foreskrevne procedurer.

Ad påstand 2

Klageren har til støtte for den subsidære påstand gjort gældende, at indklagede har tilsidesat tilbudslovens § 15 c, stk. 1, ved ikke at annoncere det planlagte indkøb, selvom indkøbet overskrider tærskelværdien for anvendelse af tilbudslovens afsnit II, i § 15 a, stk. 1, nr. 1. Undtagelsen i § 15 a, stk. 2, 2. pkt., finder ikke anvendelse, da der er tale om indkøb til brug for en kloakentreprise, og indkøbet ikke vedrører rensning eller bortledning af spildevand. At indklagede på det pågældende tidspunkt drev virksomhed med drikkevandsforsyning kan derfor ikke føre til, at anskaffelsen anses for undtaget fra annonceringspligt.

Indklagede har gjort gældende, at indkøbet er sket til brug for rensning eller bortledning af spildevand, det vil sige virksomhed omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. artikel 4, stk. 2, litra b, og dermed, jf. tilbudslovens § 15 a, stk. 2, 2. pkt., virksomhed, som ikke er omfattet af annonceringspligten i § 15 c eller afsnit II i øvrigt. Indklagede har desuden gjort gældende, at der ikke var andre mulige leverandører end Tunetanken A/S. Også af denne grund var det berettiget at undlade annoncering, jf. § 15 c.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at karakteren af indklagedes overtrædelse indebærer, at der skal ske annullation.

Indklagede har gjort gældende, at der, da der ikke foreligger en overtrædelse, ikke er grundlag for annullation. Indklagede har herudover henvist til de indgåede aftaler af maj 2009.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Allerede fordi værdien af bygge- og anlægsarbejdet vedrørende afskæring af ledninger ligger under tærskelværdien for bygge- og anlægsarbejder i forsyningsvirksomhedsdirektivet, finder undtagelsen i tilbudslovens § 1, stk. 3, nr. 2, vedrørende udbud af bygge- og anlægsarbejder omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke anvendelse.

Tilbudslovens afsnit I gælder ifølge § 1, stk. 1, for bygge- og anlægsarbejder. De omfattede arbejder defineres, jf. § 1, stk. 5, i overensstemmelse med udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Bygherrens indkøb af leverancer til brug for et bygge- og anlægsarbejde er ikke omfattet af tilbudslovens afsnit I, når der, som tilfældet er her, er tale om køb af varer.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Ifølge tilbudslovens § 15 a, stk. 2, 2. pkt. gælder afsnit II, herunder reglen om annoncering i 15 c, ikke, når kontrakten indgås til brug for virksomhed omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet omfatter, jf. artikel 4, stk. 1, blandt andet:

- »a) tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af drikkevand, eller
- b) forsyning af disse net med drikkevand.«

Af stk. 2 følger, at direktivet:

- »gælder også for kontrakter eller projektkonkurrencer, der indgås eller afholdes af ordregivere, som udøver en af de former for

virksomhed, der er omhandlet i stk. 1, og som:

- a) vedrører vandbygningsprojekter, kunstvanding eller dræning, forudsat at den mængde vand, der er bestemt til
- b) drikkevandsforsyning, udgør mere end 20 % af den samlede mængde vand, der stilles til rådighed ved hjælp af de nævnte projekter eller kunstvandings- og dræningsanlæg, eller
- c) vedrører bortledning eller rensning af spildevand.«

Indklagede udøvede på tidspunktet for kontrakttildelingen drikkevandforsyningsvirksomhed, og pumpe- og sumpene skulle anvendes til bortledning eller rensning af spildevand, jf. direktivets artikel 4, stk. 2, litra b. Indkøbene var dermed ikke omfattet af tilbudslovens afsnit II, jf. § 15 a, stk. 2, 2. pkt.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Da klagerens påstand 1 og 2 ikke er taget til følge, er der ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Lillian Sivertsen
kontorfuldmægtig