

K E N D E L S E

Scan-Plast Produktion A/S
(advokat Charlotte Pors, Vinderup)

mod

Herning Kommune
(advokat Egon Bjørn Andersen, Herning)

I august - september 2006 anmodede Herning Kommune telefonisk følgende 4 virksomheder om at afgive tilbud på levering af et parti problemaffaldskasser, som kommunen skulle anskaffe:

1. H.E.W. A/S
2. Scan-Plast Produktion A/S
3. Skovmann ved Knud Hansen
4. DTE

Nr. 1, 2 og 3 afgav tilbud. Den 26. februar 2007 besluttede Herning Kommune at indgå kontrakt om indkøb af problemaffaldskasser med H.E.W. A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 5. januar 2007.

Den 25. januar 2008 indgav klageren, Scan-Plast Produktion A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over Herning Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 28, jf. artikel 7 og artikel 9, stk. 5, litra b, ved den 5. januar 2007 at indgå kontakt med H.E.W. A/S om indkøb af problemaffaldskasser uden forinden at gennemføre EU-udbud.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede i forbindelse med sit køb af problemaffaldskasser har handlet i strid med det EU- udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved ikke at anmode de 4 virksomheder om at afgive tilbud på den samme ydelse, idet indklagede anmodede klageren om at afgive tilbud på problemaffaldskasser med hængslet låg, mens indklagede anmodede de 3 andre virksomheder om at afgive tilbud på problemaffaldskasser med løst låg.

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

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Civilingeniør Bjarne Kallesø, Herning Kommune, (anført som BK) har udarbejdet 4 skriftlige erklæringer om indholdet af de 4 telefonsamtaler, han førte med de 4 virksomheder. Erklæringerne har følgende indhold:

1. Telefonsamtalen med H.E.W. A/S:

»HEW blev kontaktet i slutningen af august 2006. BK havde en telefonsamtale med salgskonsulent Ulrik Nielsen fra HEW. BK oplyste HEW om, at kommunen havde et problem med de nuværende plastkasser, fordi hængslerne knækkede af, og så kunne man ikke længere bruge kassen, hvorfor kommunen havde adskillige tusinde ikke anvendelige kasser stående. HEW havde netop en kasse, hvor man ikke brugte hængsler. HEW ville straks sende nogle prøver af deres plastkasser samt sende et tilbud på indkøb af 10.000 stk. kasser. Kommunen modtog ret hurtigt kasserne med posten – og Ulrik Nielsen kom også personligt forbi for at fortælle om kasserne. D. 2/9-06 modtog kommunen tilbud på 3 forskellige kasser.«

2. Telefonsamtalen med Scan-Plast Produktion A/S:

»Scan-Plast blev ligeledes telefonisk kontaktet ca. i slutningen af august/begyndelsen af september. BK gjorde meget ud af at fortælle om de problemer kommunen havde med de nuværende kasser, som Scan-Plast havde leveret. Derfor var det vigtigt at få en kasse uden hængsler – BK spurgte om det ikke var muligt at lave et låg, som svarede til HEWs låg – BK fortalte, at det også ville være godt, hvis det nye låg kunne bruges på de eksisterende kasser, så vi kunne genbruge de tusinde kasser, som var blevet kasseret pga. af ødelagte hængsler. Scan-Plast var

fuldstændigt afvisende over for at producere et låg, der kunne opfylde vores krav. Det ville være alt for dyrt at lave en ny form til låget, når det kun drejede sig om 10.000 kasser. De foreslog i stedet at man kunne forstærke hængslerne. BK var noget skeptisk over for løsningen, men accepterede at de sendte et tilbud på en beholder med forstærket hængsel. BK gav udtryk for den opfattelse, at kommunen for at kunne vurdere tilbuddet skulle have en beskrivelse af forbedringsforslaget samt en prototype af låget. Da kommunen ikke havde modtaget noget efter ca. en måned ringede BK igen til Scan-Plast ca. d. 26/9-06. BK talte med en sekretær som ville give besked om, at kommunen hurtigt ville have et tilbud. Tilbuddet blev faxet d. 27/9-06 til kommunen.

Kommunen opfattede ikke tilbuddet som seriøst. BK havde redegjort for kommunens problemer med hængsler på låg og det eneste Scan-Plast skrev i tilbuddet var, at hængslet var forstærket. Der skulle flere overbevisende argumenter til, hvis kommunen skulle gå væk fra ønsket om at købe kasser uden hængsler. Samtidig var prisen stort set den samme som konkurrenternes, så der var slet ikke et økonomisk incitament til at forfølge Scan-Plasts tilbud. Men hovedargumentet for at afvise Scan-Plasts tilbud var at kommunen ikke turde satse på en beholder med hængsler, uden at man kunne se, hvor holdbar den ville være.«

3. Telefonsamtalen med Skovman ved Knud Hansen:

»Firmaet Skovman blev telefonisk kontaktet d. 11/9. Firmaet blev ligesom de andre orienteret om, hvilke problemer kommunen havde med de nuværende kasser og hvilke ønsker kommunen havde. Skovman havde leveret kasser til problemaffald til bl.a. Haderslev Kommune. Vi aftalte et møde med Knud Hansen fra Skovman, som ville fremvise de kasser han havde. Allerede d. 13/9-06 præsenterede han kasserne. D. 21/9-06 modtog kommunen tilbud for 2 forskellige kasser. Kommunen havde jævnligt kontakt med Skovman, og han kom også forbi for at fremvise andre kasser, som måske bedre kunne opfylde vores behov.«

4. Telefonsamtalen med DTE:

»DTE blev også kontaktet ca. d. 12/9-06. De svarede tilbage, at de ikke kunne opfylde de krav, vi havde til en plastkasse og derfor ikke kunne komme med et tilbud.«

Klagerens anbringender:Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede før indgåelsen af den pågældende kontrakt med H.E.W. A/S skulle have gennemført EU-udbud, da vurderingen af, om kommunen efter Udbudsdirektivets artikel 7 var forpligtet til at gennemføre EU-udbud, skal ske på grundlag af en opgørelse af indklagedes samtlige omkostninger ved anskaffelsen, og da en sådan vurdering korrekt gennemført have ført til, at den økonomiske værdi af købet oversteg tærskelværdien.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved sin telefoniske henvendelse til klageren ikke anmodede om at få tilbud på problemaffaldskasser med løst låg, men alene anmodede om at få tilbud på problemaffaldskasser med hængslet låg, og at indklagede derfor den 27. september 2006 afgav tilbud på affaldskasser med hængslet låg, hvorimod de 3 andre virksomheder fik anmodning om at afgive tilbud på affaldskasser med løst låg.

Indklagedes redegørelse og anbringender:Ad påstand 1

Indklagede har gjort gældende, at den kontrakt af 5. januar 2007, som indklagede har indgået med H.E.W. A/S om indkøb af problemaffaldskasser, har kunnet indgås, uden at indklagede skulle gennemføre EU-udbud, fordi kontraktens økonomiske værdi ikke oversteg tærskelværdien for kommuners indkøb af varer efter Udbudsdirektivets artikel 7, som indkøbstidspunktet i 2007 var på 1.570.203 kr. Det indkøb, som indklagede har indgået kontrakt med H.E.W. A/S om, omfatter følgende indkøb:

- | | |
|--|-----------------------|
| 1. Indkøb af 10.000 stk. problemaffaldskasser på 42 liter til en pris pr. stk. på 89 kr. i overensstemmelse med H.E.W. A/S's tilbud af 1. september 2006 | 890.000,00 kr. |
| 2. Indkøb af godt 1.000 stk. ekstra kasser med henblik på udskiftning af beskadigede kasser for en pris på | 106.118,56 kr. |
| Post 1 og 2 excl. moms | <u>996.118,56 kr.</u> |

Det fremgår heraf, at den faktiske indkøbspris således ligger langt under tærskelværdien på 1.570.203 kr.

Indklagede har videre gjort gældende, at indklagede tidligere havde indkøbt tilsvarende kasser for ca. 40 kr. pr. stk., og at indklagede på dette grundlag vurderede, at prisen ville blive ca. 50 kr. pr. stk. svarende til en indkøbspris på ca. 500.000 kr., og at indklagede forud for iværksættelsen af indkøbet således på dette grundlag foretog en korrekt vurdering af, at den økonomiske værdi af indkøbet af problemaffaldskasserne lå langt under tærskelværdien på 1.570.203 kr.

Indklagede har oplyst, at kommunen i forbindelse med indkøbet af de pågældende problemaffaldskasser hos H.E.W. A/S yderligere har haft følgende udgifter excl. moms, men at disse yderligere udgifter ikke i relation til EU-udbudsreglerne har noget med indklagedes køb af problemaffaldskasser hos H.E.W. A/S at gøre:

3. Indkøb hos en anden leverandør end H.E.W. A/S af 27.000 stk. plastposer med påtrykt tekst	32.238,00 kr.
4. Klicheomkostninger betalt til samme firma	2.028,10 kr.
5. Kommunens egne omkostninger til trykning af vejledning	4.300,00 kr.
6. Kommunens egne omkostninger til ilægning af pose og vejledning, påsætning af låg, kasse ilagt beholder m.v.	42.500,85 kr.
Post 3 – 6	81.066,95 kr.
Post 1- 6 i alt	1.077.185,56 kr.

Ad påstand 2

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ved sin telefoniske henvendelse til de 4 virksomheder om at afgive tilbud på problemaffaldskasser gav virksomhederne nøjagtigt de samme oplysninger om, at der skulle afgives tilbud på problemaffaldskasser med løst låg, idet det blev præciseret, at de problemaffaldskasser, som kommunen allerede havde, og som var forsynet med låg med hængsel, havde vist sig uhensigtsmæssige, og at kommunen derfor ønskede kasser med låg uden hængsel. Indklagede har videre gjort

gældende, at indklagedes anmodning til klageren om yderligere at afgive tilbud på problemaffaldskasser med forstærkede hængsler blev fremsat på initiativ af klageren, og med understregning af, at der var tale om et supplerende tilbud udover tilbudet vedrørende problemaffaldskasser uden låg.

Indklage har videre gjort gældende at tilbudet fra H.E.W. A/S var i overensstemmelse med anmodningen, og at dette tilbud var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede har endelig gjort gældende, at tilbudet fra klageren ikke var i overensstemmelse med anmodningen, da det ikke vedrørte kasser uden hængsler, men kasser med hængsler, at indklagede på eget initiativ foreslog, at hængslerne på klageren kasser kunne forstærkes, men at klageren, selv om indklagede gav udtryk for gerne at ville se et nyt tilbud med en forstærkning af hængslerne, ikke modtog et sådant nyt tilbud, samt at tilbudet fra klageren under alle omstændigheder efter sit indhold ikke kunne komme i betragtning, da det ikke var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det følger af det, som indklagede har anført, at indklagede kunne foretage det pågældende indkøb uden forinden at gennemføre EU-udbud. Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har ved alene at rette telefonisk henvendelse til de 4 virksomheder med henblik på tilbud på problemaffaldskasser i stedet for at fremsende disse anmodninger skriftligt, bragt sig i en bevismæssigt vanskelig situation, da bevisbyrden under en klagesag ved Klagenævnet for Udbud for, at der er rettet fuldstændig identiske anmodninger til de 4 virksomheder, påhviler den offentlige ordregiver.

Civilingeniør Bjarne Kallesø, der som ansat ved Herning Kommune stod for indhentningen af tilbud hos de 4 virksomheder, har udarbejdet en skriftlig redegørelse for indholdet af hver af de 4 telefonsamtaler, som han førte med repræsentanter for de 4 virksomheder, som blev anmodet om at afgive tilbud. Uanset at det kun i erklæringerne fremgår, hvilken person civilingeniør Bjarne Kallesø talte med, og således ikke af erklæringen vedrørende telefonsamtalen med klageren fremgår, hvilken person hos klageren civilingeniør Bjarne Kallesø talte med, har indklagede ved disse skriftlige redegørelser ført bevis for, at indklagede anmodede alle 4 virksomheder – og således også klageren – om at afgive tilbud på problemaffaldskasser med løst låg. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Under hensyn til, at indklagede ikke i forbindelse med anmodningen om tilbud rettede skriftligt henvendelse til de 4 virksomheder, men nøjedes med en telefonisk henvendelse, skal gebyret tilbagebetales til klageren.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede, Herning Kommune, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, Scan-Plast Produktion A/S.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig