

Klagenævnet for Udbud

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

J.nr.: 2010-0022014

7. januar 2011

K E N D E L S E

Scan-Plast Produktion A/S

(advokat Charlotte Pors, Vinderup)

mod

Silkeborg Kommune

(advokat Steen P. Husbjerg, Silkeborg)

Silkeborg Kommune købte i april 2010 af Zenzo Group ApS en toiletbygning for en pris på 411.650 kr. ekskl. moms. Silkeborg Kommune har ikke i forbindelse med indgåelsen af den pågældende aftalte offentliggjort et EU-udbud i De Europæiske Fællesskabers Tidende og har heller ikke udbudt aftalen efter tilbudslovens afsnit I som et bygge- og anlægsarbejde eller annonceret det som et varekøb, jf. afsnit II, idet kommunen betragtede den ønskede ydelse, som et indkøb til en værdi af under 500.000 kr.

Silkeborg Kommune havde før ordretildelingen tillige indhentet tilbud fra Scan-Plast Produktion A/S, fra SaniTronics International B.V. og fra Michel Planté Systèmes.

Den 12. maj 2010 indgav klageren, Scan-Plast Produktion A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Silkeborg Kommune. Revideret klageskrift blev indgivet den 14. maj 2010. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om klagenævnet for udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 25. maj 2010 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 22. november 2010.

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 toiletbygning til havnen i Silkeborg ved offentlig eller begrænset licitation eller underhåndsbud, uagtet der er tale om et bygge- og anlægsarbejde omfattet af tilbudslovens afsnit I.

Påstand 2 a (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 15 c, idet indklagede undlod at offentliggøre en annonce om indkøbet af toiletbygningen til havnen i Silkeborg i pressen eller et elektronisk medie, uagtet der er tale om et vareindkøb omfattet af tilbudslovens afsnit II, jf. lovens § 15 a, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 2.

Påstand 2 b (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 15 d, stk. 1, idet indklagede ikke forsynede tilbudsgiverne med identiske oplysninger, herunder om tegningsmateriale/design, fundament, krav til handicaptoilettet, ønske om toilet uden urinal og puslebord, pris på møntautomat og tidslås m.v., hvilket var udtryk for ulovlig forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne.

Påstand 3 (subsidiær til påstand 1, 2a og 2 b)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling:

- a) Ved ikke i forbindelse med indkøbet af toiletbygningen at sikre en passende grad af offentlighed, der gør det muligt at åbne markedet for den pågældende ydelse og at kontrollere, at tildelingsprocedurerne er upartiske.
- b) Ved ikke i forbindelse med indkøbet af toiletbygningen at anvende en procedure, som indebærer, at tilbudsgiverne fik oplysning om tildelingskriterier forud for afgivelsen af tilbud.
- c) Ved ikke i forbindelse med indkøbet af toiletbygningen at give klageren alle de oplysninger, som var nødvendige for at afgive

tilbud, herunder særligt tegningsmateriale/design, fundament, krav til handicaptoiletet, ønske om toilet uden urinal og puslebord, pris på møntautomat og tidslås m.v., og som de øvrige tilbudsgivere – i modsætning til klageren - fik.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 26. april 2010 om at indgå kontrakt med Zenzo Group ApS.

Klageren har taget forbehold om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Oplysningerne i sagen

Efter indstilling fra indklagedes økonomiudvalg besluttede byrådet den 22. februar 2010 at anvende 300.000 kr. på at etablere en ny toiletbygning på havneområdet i Silkeborg. Efter indklagedes vurdering ville det ikke være muligt at etablere en specialdesignet, arkitekttegnet toiletbygning inden for den bevillingsmæssige ramme, og indklagede indhentede derfor i stedet tilbud på en præfabrikeret toiletbygning.

Indklagede anmodede ved e-mail af 16. februar 2010 klageren, som forud herfor flere gange og senest i februar 2010 telefonisk havde kontaktet indklagede om, hvorvidt indklagede havde ønske om og bevilling til at indkøbe toiletbygninger, om at afgive tilbud som følger:

»...

Toiletbygningen vi forventer at lade opføre/opstille på Havnen i Silkeborg skal, ud over teknikrum, indeholde 2 toiletter, hvoraf det ene også skal fungere som handicaptoilet.

Af erfaring ønsker vi at udførelsen skal være så vandalsikret som muligt, både ind- og udvendig.

Af det tilsendte materiale fra jer svarer »Type 2000« mest til vore forventninger. Jeg er derfor interesseret i at modtage oplysninger om bl.a. alternative indregninger og yderbeklædning samt priser på denne model«

Den 1. marts 2010 sendte indklagede fotos af det område, hvor bygningen skulle placeres, og nærmere oplysninger om den ønskede placering til klageren. Indklagede gav endvidere i en e-mail af 9. marts 2010 til klageren oplysninger om granitbeklædningen på en affaldscontainer på havnen, og anmodede om, at klagerens tilbud baseredes på samme eller tilsvarende udvendig beklædning. Klageren indleverede den 25. marts 2010 tilbud på en toiletbygning af type 2000, præfabrikeret, til en pris på 227.700 kr., ekskl. moms for bygningen og 49.200 kr., ekskl. moms, for betonfundament/montage.

Indklagede indhentede endvidere tilbud fra Zenzo Group ApS og angav herved indledningsvis i en e-mail af 26. februar 2010 til virksomheden:

»Silkeborg Kommune har planer om at etablere nye offentlige toiletter m.v. på Havnen i Silkeborg, som især i sommerhalvåret er et meget besøgt område.

Af hensyn til det videre forløb vil vi meget gerne have oplyst følgende:

- prisen for en toiletbygning af typen Paragon med 2 toiletter, hvoraf det ene tillige handicaptilet leveret på Havnen, Silkeborg
- leveringstid
- om det er muligt særskilt, og ca. medio april 09 at få leveret »bunden« af toiletbygningen, da dette kunne være praktisk a.h.t. det forventede arbejdsprogram for øvrige arbejder på stedet og
- tillægspris for en evt. særskilt levering af »bunden«.

Ved e-mail af 26. april 2010 til Zenzo Group A anmodede indklagede om tilbud på:

»En bygning opbygget på en selvbærende helstøbt betonplade med 2 toiletter, hvoraf det ene tillige skal fungere som handicaptilet. Bygningen skal have udvendigt design som den blå bygning nederst til højre på side 3 i jeres brochure, dog med udvendig beklædning i 16 mm concip malet i grafitalfarve (grå). Yderbeklædningen skal monteres med vandrette fuger.

Med dette valg forventes remmen i mellem væggen og taget at være trukket ca. 5 cm tilbage i forhold til yderbeklædningen på væggen samt at udhænget er større end udhænget på det nederste fotos i denne mail.

I forhold til plantegningen nederst på brochurens side 6 ønskes døren til handicapttoiletet placeret i gavlen, medens placeringen af de to øvrige døre fastholdes.

Prisen skal være gældende frit leveret ved Silkeborg Havn, klar til aflæsning med kran.

Endvidere ønskes oplyst tillægspris på tidslås, henholdsvis møntlås, så aflåsning af begge døre til toiletterne er mulig.

Vi vil gerne have tilsendt farveprøve af concip i grafitalfarve (grå), ligesom vi ønsker leveringstiden oplyst.«

Ved e-mail af 26. april 2010 tilbød Zenzo Group ApS:

»For en toiletbygning som beskrevet nedenfor [indklagedes e-mail nævnt af samme dag ovenfor] vil prisen være Dkk. 367.500, - excl. moms, prisen er incl. transport til, ej aflæsset

...

Mht. til den ønskede farve er dette ikke noget problem, vi kan fremsende en farveprøve til godkendelse i god tid inden maling af bygningen.

...«

Indklagede opfordrede endvidere den hollandske virksomhed SaniTronics International B.V. og den franske virksomhed Michel Planté Systèmes til at give tilbud på toiletbygningen og modtog også tilbud fra disse virksomheder. I den forbindelse oplyste indklagede efter en indledende kontakt i en e-mail af 15. marts over for Michel Planté Systèmes om danske standardkrav til handicapttoiletter. Desuden spurgte indklagede til 1) om vand til brug for toiletskyl blev genanvendt, 2) hvor meget vand, der blev brugt ved hvert skyl, 3) om den automatiske rengøring kunne lukes i eksempelvis en uge, hvor der i stedet blev gjort rent manuelt, og hvor hurtigt toiletet kunne bruges igen efter den automatiske rengøring. Herudover blev der anmodet om en pris både med og uden det automatiske rengøringssystem.

Indklagede besluttede den 26. april 2010 at acceptere tilbuddet af 26. april 2010 fra Zenzo Group ApS. Aftalen blev mundtligt indgået den 27. april 2010. Det blev samtidig aftalt, at der i tillæg til, hvad der var angivet i tilbuddet, skulle monteres møntautomater i 2 døre og 3 LED-lamper i tagudhæng. Aftalen blev bekræftet ved Zenzo Group ApS' ordrebekræftelse af 27. april 2010. Ifølge ordrebekræftelsen skulle der leveres:

»1, stk. Toiletbygning:

Nordic Classic Public type 1100, en rektangulær bygning med fladt tag. Toiletbygningen er beklædt med facade i malede vandretliggende Conchip brandhæmmende facadeplade i en atracitgrå farve og malede døre. Toiletbygningen indeholder handicaptoilet og servicerum med plads til forbrugsmaterialer.

...

Pris dkk. excl moms: 411.650,- ab fabrik.

For leverancen gælder at opbygning af fundament, tilslutning af vand, el og kloak udføres af Silkeborg Kommune.

...«

Klageren fik den 28. april 2010 mundtligt oplyst, at indklagede havde besluttet at tildele kontrakten til Zenzo Grop ApS. Begrundelsen for ikke at vælge klagerens bygning var, at indklagede ikke mente, at klagerens design passede ind i bymiljøet.

Om valget af leverandør fremgår det af et håndskrevet notat af 26. april 2010 fra arkitekt Frands Stadil og en anden medarbejder hos indklagede, at der peges på en bygning vist i brochuremateriale fra Zenzo Group ApS, som den, der burde tages udgangspunkt i, idet der om muligt burde være »svævetag«, som vist på en anden illustration i brochuren.

Indklagede har oplyst, at det for indklagede var væsentligt, at den valgte bygning – når den optimale arkitekttegnede løsning ikke var muligt inden for bevillingen – designmæssigt passede ind i området på havnen.

Indklagede har endvidere oplyst, at eltilslutning og tilslutning af vand udføres af eksterne installatører. Prisen skønnes at være på 5.000 kr., ekskl. moms, for hver af opgaverne. Tilslutning til kloak og etablering af betonfundament udføres af kommunens entreprenørgård til en intern afregningspris på 5.000 kr. henholdsvis 6.000 kr. ekskl. moms. Aflæsning af toiletbygning er betalt af kommunen med 2.033 kr., byggetilladelse er betalt af kommunen med 1.220 kr.

Forklaringer

Tekniker Svend Rauff har forklaret, at han hos indklagede stod for at finde en passende toiletbygning. Det havde længe været et ønske at få etableret toiletfaciliteter på Silkeborg Havn. Da det er et specielt miljø, som betyder

meget turistmæssigt, var det vigtigt at få en bygning, som passede ind. Herudover skulle bygningen være vandalsikret. Da han nogenlunde samtidig med, at bevillingen blev givet, blev kontaktet telefonisk af klageren, som spurgte til, om kommunen havde aktuelle behov for indkøb af toiletbygninger, forklarede han den pågældende medarbejder om opgaven på havnen. Han modtog noget brochuremateriale fra klageren. På den baggrund anmodede han om tilbud, som angivet i e-mailen af 16. februar 2010, på den af bygningerne i brochuren, som så ud til at passe bedst ind i miljøet på havnen. Da man i vejafdelingen, hvor han er placeret, ikke har særlig erfaring med indkøb af toiletbygninger, foretog han herudover en søgning på internettet og identificerede herved de øvrige tre virksomheder, som blev anmodet om at sende materiale og afgive tilbud. Der var kun bevilget 300.000 kr. til formålet. Eventuelle yderligere udgifter skulle hentes på det almindelige vejbudget. Budgettet var derfor meget stramt. Med den givne ramme måtte man vælge mellem de præfabrikerede løsninger, man kunne få hos de enkelte leverandører, uden mulighed for at bede om særlige tilpasninger. Det afgørende var at finde den æstetisk mest optimale løsning inden for den givne ramme. Den konkrete indretning af bygningen blev tillagt mindre betydning – her måtte man tage de enkelte præfabrikerede løsninger, som de var. Da Michel Planté Systèmes ikke tidligere havde leveret til det danske marked, sendte han denne virksomhed oplysninger om de danske handicapstandarder. Det var ikke nødvendigt at sende til SaniTronics International B.V., som i kraft af tidligere leverancer til Danmark kendte til standarderne. Det samme gjaldt de to danske virksomheder. Han anmodede i et vist omfang de enkelte virksomheder om i tilbuddet at besvare de spørgsmål, som det materiale, han umiddelbart havde fra virksomheden, gav anledning til – f.eks. spørgsmålene til Michel Planté Systèmes om den automatiske rengøring. De tilbud m.v., han modtog fra virksomhederne, blev drøftet med byplanarkitekterne. Bygningen fra Zenzo Group ApS blev valgt, fordi det var den, som – inden for den givne ramme – passede bedst ind. I den afsluttende fase, hvor man havde lagt sig fast på løsningen fra Zenzo Group ApS, stillede han enkelte yderligere spørgsmål til denne virksomhed og fik herigennem de sidste detaljer vedrørende lås m.v. bragt på plads. Der var overvejelser om at etablere bygningen på et såkaldt punktfundament, men det blev opgivet. Den indkøbte bygning står således på det fundament, den blev leveret med som en del af den præfabrikerede løsning. I 2009 blev der bygget et underjordisk affaldsanlæg på havnen. Der blev i den forbindelse etableret et pumpeanlæg til det regnvand, som løb ned i de underjordiske containere. Da man hos indklagede vidste, at der – når der blev muligheder her-

for – skulle placeres et toilet på havnen, blev der ved dimensioneringen af pumpeanlægget sikret pumpekapacitet nok til også at håndtere et kommende toilet.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indkøb af en toiletbygning er omfattet af tilbudslovens afsnit I, jf. blandt andet klagenævnets afgørelse af 7. december 2007, Scan-Plast Produktion A/S mod Herning Kommune, idet der til en toiletbygning knytter sig ydelser i form af afløb, bundfældningstank m.v. Tilbudslovens § 2, stk. 1, er derfor overtrådt, da der ikke er sket licitation eller indhentelse af underhåndsbud i overensstemmelse med bestemmelsen. Den skete indhentelse af tilbud er ikke underhåndsbud i tilbudslovens forstand, jf. lovens § 12, stk. 5. Indklagede, som har bevisbyrden for at have overholdt tilbudsloven, har ikke løftet denne bevisbyrde.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudslovens afsnit I ikke finder anvendelse, da aftalen om køb af den præfabrikerede toiletbygning er et indkøb.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at hvis klageren ikke får medhold i sin principale påstand om, at der er tale om et bygge- og anlægsarbejde omfattet af tilbudslovens afsnit I, er der tale om et varekøb omfattet af afsnit II. Indkøbet var annonceringspligtigt efter tilbudslovens § 15 c, idet tærskelværdien i § 15 a, stk. 1, nr. 1, ved en korrekt og forsigtig forhåndsvurderingen måtte forudses at kunne blive overskredet, og denne pligt blev ikke overholdt. Herudover forskelsbehandlede indklagede tilbudsgiverne ved ikke at forsyne dem med identiske oplysninger, herunder om tegningsmateriale/design, fundament, krav til handicaptoilettet, ønske om toilet uden urinal og puslebord, pris på møntautomat og tidslås m.v. Indklagede overtrådte dermed også lovens § 15 d, stk. 1.

Indklagede har gjort gældende, at indkøbet ikke er omfattet af tilbudslovens afsnit II, idet værdien af indkøbet – selv hvis man tæller alle ydelser indkøbt hos interne og eksterne leverandører med – ikke overskrider tærskel-

værdien i § 15 a, stk. 1, nr. 1. Da bevillingen var på 300.000 kr. og der herudover kun i beskedent omfang kunne trækkes penge ud af det almindelige budget, var det givet, at værdien ikke ville overstige 500.000 kr. Det bestrideres, at der er sket forskelsbehandling.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling ved ikke i forbindelse med købet af toiletbygningen at sikre en passende grad af offentlighed, der gør det muligt at åbne markedet for den pågældende ydelse og at kontrollere, at tildelingsprocedurerne er upartiske. Indklagede har bevisbyrden for, at disse krav er opfyldt, og denne bevisbyrde er ikke løftet.

Desuden har indklagede ikke oplyst om tildelingskriterier forud for afgivelsen af tilbud, hvilket også er i strid med de nævnte principper.

De EU-udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling er endvidere krænket, fordi indklagede ikke gav klageren alle de oplysninger, som var nødvendige for at afgive tilbud, herunder særligt om tegningsmateriale/design, fundament, krav til handicaptoliet, ønske om toilet uden urinal og puslebord, pris på møntautomat og tidslås m.v., og som de øvrige tilbudsgivere – fik. Forholdet var således, at alle tilbudsgiverne fik forskellige oplysninger (eksempelvis fik Michel Planté Systèmes oplysning om krav til handicaptoliet og Zenzo Group ApS oplysning om ønske om pris på møntautomat og tidslås).

Indklagede har gjort gældende ikke at have tilsidesat de angivne principper. Indklagede har herunder berettiget kunne varetage et hensyn til at finde den bedst egnede bygning til den højt eksponerede placering på havnen, som var mulig inden for den givne bevillingsmæssige ramme og har ikke forholdt klageren oplysninger, som var nødvendige for at afgive tilbud.

Ad påstand 4

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.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Et bygge- og anlægsarbejde defineres i tilbudslovens § 1, stk. 5, som:

»Ved »bygge- og anlægsarbejder« forstås i overensstemmelse med udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet resultatet af et sæt bygge – og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion. ...«

I udbudsdirektivets artikel, 1, stk. 2, litra b, defineres »offentlige bygge- og anlægskontrakter« som:

»...offentlige kontrakter om enten udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder vedrørende en af de i bilag I omhandlede aktiviteter eller af bygge- og anlægsarbejde eller om udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed. Ved »bygge- og anlægsarbejde« forstås resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion.«

I den vejledende CPV-nomenklatur (Common Procurement Vocabulary), fastlagt ved forordning (EF) nr. 2195/2002, og som nærmere bestemt ved Kommissionens forordning (EF) nr. 213/2008, er »offentlige toiletter« opført under hovedafdeling F – Bygge- og anlægsvirksomhed, som nr. 45215500-02, det vil sige i en kategori, som ifølge bilag I til udbudsdirektivet er rubriceret som bygge- og anlægsarbejder og falder i undergruppen 45.21 - almindelige byggearbejder.

Under hensyn til den i CPV-nomenklaturen foretagne rubricering af »offentlige toiletter« som et arbejde omfattet af udbudsdirektivets afsnit I må aftalen om toiletbygningen anses for et bygge- og anlægsarbejde, jf. direktivets artikel 1, stk. 2, litra b, og dermed tillige som et bygge- og anlægsarbejde omfattet af tilbudslovens afsnit I, jf. lovens § 1, stk. 5. Det er ikke ved tilbudsindhentningen meddelt, hvorvidt tildeling af ordren ville ske på grundlag af kriteriet laveste pris eller kriteriet det økonomisk mest fordelag-

tige tilbud. Indhentelsen af tilbud overholder dermed ikke kravene til indhentelse af underhåndsbud, jf. tilbudslovens § 12, stk. 5.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 4

Henset til karakteren af den ad påstand 1 fastslåede krænkelse annulleres tildelingsbeslutningen.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 2, stk. 1, ved ikke at have indhentet tilbud på toiletbygning til havnen i Silkeborg ved offentlig eller begrænset licitation eller underhåndsbud, uagtet der er tale om et bygge- og anlægsarbejde omfattet af tilbudslovens afsnit I.

Indklagedes beslutning af 26. april 2010 om at indgå kontrakt med Zenzo Group ApS annulleres.

Indklagede, Silkeborg Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Scan-Plast Produktion A/S, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Lillian Sivertsen
kontorfuldmægtig