

Klagenævnet for Udbud

(Katja Høegh, Allan Åge Christensen)

J.nr.: 2015-2732

25. marts 2015

K E N D E L S E

ZENZO Group ApS

(advokat Annacarina Staunstrup, Holte)

mod

Horsens Kommune

(advokat Martin Stæhr, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 247-435757 af 18. december 2014 udbød Horsens Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale med en enkelt aktør om nedgravede affaldsbeholdere. Varigheden var ifølge udbudsbekendtgørelsen på 45 måneder med mulighed for forlængelse i 2 x 1 år. Der kunne afgives flere tilbud af samme tilbudsgiver.

I alt 9 virksomheder, heriblandt ZENZO Group ApS og H.E.W. A/S, afgav rettidigt tilbud inden for fristen den 3. februar 2015. Der blev i alt modtaget 14 tilbud.

Den 25. februar 2015 meddelte Horsens Kommune pr. e-mail ZENZO Group ApS, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til H.E.W. A/S.

Klagenævnet har den 9. marts 2015 modtaget en klage fra ZENZO Group ApS.

ZENZO Group ApS har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Horsens Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har efter anmodning fra Horsens Kommune besluttet at træffe realitetsafgørelse i sagen inden for den frist, der gælder for klagenævnets afgørelse om opsættende virkning, og har meddelt parterne dette med en kort frist for ZENZO Group ApS' og Horsens Kommunes eventuelle afsluttende bemærkninger.

ZENZO Group ApS har endeligt nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Horsens Kommune har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip samt artikel 2 i udbudsdirektivet om ligebehandling og gennemsigtighed ved at undlade at afvise tilbuddet fra H.E.W. A/S på trods af, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Horsens Kommunes beslutning af 25. februar 2015 om at ville indgå kontrakt med H.E.W. A/S.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Horsens Kommune ikke har været berettiget til at tage tilbud i betragtning, der ikke var vedlagt den i udbudsbetingelserne krævede dokumentation.

ZENZO Group ApS har oplyst senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Horsens Kommune har nedlagt påstand om, at påstand 3 afvises, og at klagen i øvrigt ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne står der blandt andet:

”1.1. Baggrund

Horsens Kommune inviterer hermed interesserede tilbudsgivere til at byde på nærværende kontrakt om indkøb af nedgravede affaldsbeholdere.

Horsens Kommune ændrer over de kommende år store dele af kommunens affaldssystem. ...

...

... Det er planen at starte med kildesortering i september 2015, hvor den nuværende kontrakt om afhentning af dagrenovation udløber.

En del af kildesorteringen vil skulle ske via brug af nedgravede affaldsbeholdere (ikke semi-nedgravede) placeret på udvalgte steder. Horsens Kommune har ikke nedgravede affaldsbeholdere i forvejen og vil derfor skulle indkøbe og etablere et større antal.

For at kunne nå at etablere de nedgravede affaldsbeholdere har Horsens Kommune behov for, at udbyde opgaven med levering af de nedgravede affaldsbeholdere, i god tid, hvorfor den hermed udbydes et år før, de første nedgravede affaldsbeholdere skal kunne tages i brug.

Når der i dette udbudsmateriale står ”beholder”, ”beholderen” eller ”beholderne” eller lignende, skal det forstås som nedgravede affaldsbeholdere.

1.2. Opgavens omfang

Udbuddet omfatter en kontrakt på køb af nedgravede affaldsbeholdere og reservedele til disse til dækning af Horsens Kommunes behov i en årrække med start den 7. april 2015.

Horsens Kommune har behov for 4 forskellige typer af nedgravede affaldsbeholdere.

Kontrakten indgås som en rammeaftale, hvor Horsens Kommune ikke på forhånd præcist kan beskrive, hvor stort omfanget af indkøbet bliver. Vilklårene for levering af ydelser er dog lagt fast i nærværende materiale. ...

...

2.6. Formkrav til tilbudsmaterialet og betingelser for deltagelse

Tilbud kan afgives ved udfyldelse af bilag 1 ”Tilbudsskema”. De tilhørende tilbudslistes skal bruges.

Dog må tilbudsgiver, hvis det er nødvendigt, vedlægge yderligere dokumenter. Tilbudsmaterialet inklusiv alle bilag skal frem-

sendes eller afleveres personligt. Det skriftlige materiale skal være på en CD-rom eller USB-nøgle i PDF-format. CD-rommen/USB-nøglen skal være emballeret i en kuvert eller lignende, som hindrer, at CD-rommen eller USB-nøglen kan falde ud.

Tilbudsgiver kan afgive mere end ét tilbud, når dette har baggrund i en forskel på produkterne. Hvert af tilbuddene skal omfatte hele det estimerede antal beholdere og dermed er der ikke mulighed for opdeling på flere forskellige produkter.

Hvis en tilbudsgiver afgiver mere end ét tilbud, skal hvert tilbud/produkt være ledsaget af en udfyldt tilbudsliste inkl. relevante bilag. Såfremt et bilag er det samme for flere tilbud (f.eks. bilag med oplysninger om tilbudsgiveren i relation til egnethedskriterier), kan der for hvert tilbud henvises til samme bilag. Det er tilbudsgivers ansvar, at alt relevant materiale er vedlagt for hvert tilbudt produkt.

Såfremt de afgivne oplysninger/dokumentationen viser, at tilbudsgiver ikke opfylder udbyders mindstekrav for egnethed, eller at tilbudsgiver ikke har den fornødne økonomiske og tekniske kapacitet til at varetage opgaven, vil tilbuddet ikke blive taget i betragtning.

...

2.7. Sprog

Tilbud og eventuelle tilhørende bilag samt ethvert andet materiale i forbindelse med udbuddet, skal skrives på dansk. Dog kan bilagsmateriale af mere generel karakter være på svensk, norsk, tysk eller engelsk. Såfremt udbyder anmoder om det, skal tilbudsgiver dog sørge for at oversætte bilagsmaterialet til dansk. Oversættelsen skal i givet fald ske for tilbudsgiverens regning.

...

2.9. Alternative tilbud

Der kan ikke afgives alternative tilbud.

...

2.11. Tilbudsgivers forbehold

Eventuelle forbehold skal udtrykkeligt fremgå af tilbuddet. Forbehold skal være specifikke og for så vidt muligt referere til konkrete bestemmelser i udbudsmaterialet.

Tilbudsgiver opfordres til at søge eventuelle uklarheder og usikkerheder i udbudsmaterialet afklaret ved at stille spørgsmål til udbudsmaterialet, jf. punkt 2.8., således at forbehold i videst muligt omfang kan undgås.

Det præciseres, at forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet vil medføre, at udbyder har pligt til at se bort fra tilbuddet. Ved forbehold, der vedrører ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, har udbyder ret til at se bort fra tilbuddet eller alternativt søge forbeholdet prissat, i det omfang, det skønnes muligt. Såfremt et forbehold ikke kan prissættes, har udbyder pligt til at se bort fra tilbuddet.

Tilbudsgiver bør derfor nøje overveje, om tilbuddet skal indeholde forbehold til udbudsmaterialet, idet ethvert forbehold indebærer en risiko for, at udbyder er berettiget og/eller forpligtet til ikke at lade tilbuddet indgå i tilbudsvurderingen.

Faglige forbehold, så som leverings- og samhandelsbetingelser, betalingsbetingelser etc., vil blive behandlet som ethvert andet forbehold.

...

2.19. Tildelingskriterium

Kontrakten vil blive tildelt den tilbudsgiver der - på baggrund af de estimerede antal beholdere - afgiver det for udbyder økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet følgende underkriterier, med angivelse af vægtning, lægges til grund for tilbudsvurderingen:

<u>Underkriterium</u>	Beskrivelse af under- og eventuelt delkriterier	Vægtning i procent
Prisen	Se nedenfor*	50 %
Standard for funktionalitet, brugervenlighed og sikkerhed	Se bilag 4 og 5	15 %
Standard for kvalitet	Se bilag 4 og 5	15 %
Standard vedrørende æstetiske forhold/design	Se bilag 4 og 5	20 %

* Ved pris forstås: Laveste pris for det samlede indkøb af beholdere iht. "Tilbudslisten" bilag 3. Tilbuddet skal afgives i danske kr. ekskl. moms, men inkl. alle øvrige afgifter. Tilbud skal afgives ved udfyldning af tilbudslisten.

Ved standard for funktionalitet, brugervenlighed og sikkerhed forstås de elementer, der fremgår af højre kolonne i skema 1 i bilag 4.

Ved standard for kvalitet forstås de elementer, der fremgår af højre kolonne i skema 2 i bilag 4.

Ved standard vedrørende æstetiske forhold/design forstås de elementer, der fremgår af højre kolonne i skema 3 i bilag 4.

...

3. Kravspecifikation

3.1 Indledende bemærkninger:

Nærværende kravspecifikation (afsnit 3 med underafsnit) indeholder krav, som skal opfyldes og indgå i tilbuddet.

Nærværende kravspecifikation beskriver de udbudte nedgravede affaldsbeholdere.

...

3.5. Typer, funktion og tiltænkt brug

Krav nr. 7

Der udbydes 4 forskellige affaldsbeholdere, som skal have design og udseende, der passer sammen og med funktioner, der som udgangspunkt er så ens som muligt.

Krav nr. 8

De 4 affaldsbeholdere skal tilpasses til følgende fraktioner:

- restaffald
- madaffald (organisk dagrenovation)
- papir/karton
- emballageaffald og batterier

Det forventes, at hver station skal etableres med en affaldsbeholder af hver type.

Krav nr. 9

Alle affaldsbeholdere skal udføres med en betonkasse, som dimensioneres til at kunne rumme en inderbeholder på 5 m³. Inderbeholderens størrelse varierer fra 3 til 5 m³, hvilket er nærmere beskrevet nedenfor i afsnit 3.7.

Krav nr. 10

Når andet ikke er angivet i nærværende udbudsmateriale skal affaldsbeholderne være konstrueret efter og opfylde kravene i normen for konstruktion af nedgravede containere:

DS/EN 13071-1, 2 og 3 - Stationære affaldscontainere op til 5000l med topbetjening og tømning fra bund – type b.

Krav nr. 11

Det kan undtagelsesvist accepteres, at affaldsbeholderne ikke overholder standarderne, såfremt der alene er tale om afvigelser

fra standarderne, som dokumenterbart ikke medfører forringelser i forhold til produkter, som overholder standarderne. Tilbudsgiver skal i så fald beskrive, på hvilke punkter affaldsbeholderne ikke overholder standarderne. Det er op til tilbudsgiver at dokumentere, at der ikke er tale om forringelser, såfremt standarderne ikke er overholdt.

Krav nr. 12

Beholderen skal være testet i henhold til Maskindirektivet 2006/42/EF.

Beholderen skal være CE-mærket i overensstemmelse med direktiv 2000/14/EF.

Tilbudsgiveren skal i en EF-overensstemmelseserklæring liste oplysninger i henhold til § 7, stk. 3 i bekendtgørelse nr. 1040 af 11. september 2001 om støj fra maskiner til brug i det fri.

...

3.8. Præsentationsmateriale

Tilbudsgiver skal vedlægge materiale, der tydeligt og entydigt beskriver beholderne i form af tekster, specifikationer, tegninger, fotos o.l. Materialet skal som minimum opfylde kravene i bilag 4 ”*Krav til beskrivelse af de tilbudte nedgravede affaldsbeholdere*” og bilag 5 ”*Krav til fotos, film og tegninger til præsentation af de tilbudte nedgravede affaldsbeholdere*”. Tilbudsgiver opfordres til at lade beskrivelsen følge opbygningen i bilag 4. Hvis der er anden beskrivelse, som er nødvendig for forståelse mv. af tilbuddet, skal det også anføres i tilbuddet.

Udbyder gør opmærksom på, at det kun rent undtagelsesvist vil være muligt at indhente yderligere/andre oplysninger, end de, som tilbudsgiver har vedlagt sit tilbud.

4. Lovgivning og myndighedskrav

Leverandøren og dennes samarbejdspartnere skal til enhver tid overholde lovgivnings- og myndighedskrav. På forlangende skal leverandøren uden udgift for udbyder fremsende dokumentation for ovenstående. Manglende overholdelse af gældende regler betragtes som misligholdelse jf. kontrakten.”

Af et ”Tilbudsskema”, som indgik i udbudsbetingelserne, fremgår blandt andet:

”1. Indledning

Nærværende tilbudsskema kan benyttes i forbindelse med afgivelse af tilbud på kontrakten vedrørende Horsens Kommunes indkøb af nedgravede affaldsbeholdere.

Udvælgelse: Punkt 2 vedrører de i udbudsmaterialets punkt 2.17 opstillede udvælgelseskriterier. For at udbyder kan vurdere tilbudsgivers generelle egnethed til at løfte opgaven, skal kravene i henhold til udbudsmaterialets punkt 2.17 være opfyldte. Ved korrekt udfyldelse af punkt 2 (samt underpunkter hertil) vil kravene være udfyldte.

Opfyldelse af kravene i det samlede udbudsmateriale: Tilbudsgiver har under punkt 3 mulighed for at kommentere på udbyders krav til leverancen. Det er ligeledes under punkt 3, at priser afgives via udfyldelse af tilbudslisten bilag 3.

...

2.10 Vedrørende forbehold

Såfremt tilbudsgiver i sit tilbud har taget forbehold, skal det angives her, jf. udbudsmaterialets punkt 2.11:

Udfyldes af tilbudsgiver

3.1 Besvarelse vedr. kravsopfyldelse

Sæt kryds (bemærk at tilbuddet skal leve op til alle krav i det samlede udbudsmateriale for at være konditionsmæssigt)

Det er vigtigt at nedenstående tilkendegivelse bygger på en grundig gennemgang af hvorvidt hvert enkelt krav er opfyldt.

<u>Krav</u>	Ja	Nej
Tilbuddet lever op til alle krav i det samlede udbudsmateriale	<i>Udfyldes af tilbudsgiver</i>	<i>Udfyldes af tilbudsgiver</i>
Hvis nej, hvilke er da ikke opfyldt:	<i>Udfyldes af tilbudsgiver</i>	

Tilbudsgivers eventuelle bemærkninger:

...”

Udbudsbetingelsernes bilag 4 ”Krav til beskrivelse af de tilbudte nedgravede affaldsbeholdere” og bilag 5 ”Krav til fotos, tegninger og film” indeholder ikke krav om, at der med tilbuddet skal vedlægges den i punkt 35 krav nr. 12 nævnte EF-overensstemmelseserklæring.

I udkastet til kontrakt i udbudsbetingelserne står der blandt andet:

”§ 9: Miljø

Stk. 1: Leverandøren indestår for, at alt hvad der bliver leveret og alle ydelser under nærværende kontrakt opfylder de til en hver tid gældende miljøregler, -love, -bekendtgørelser, EU-direktiver mv.

Stk. 2: På forlangende skal leverandøren fremsende dokumentation for produkternes miljømæssige egenskaber, således at kunden kan foretage en miljøvurdering af produktet. Leverandørens udgifter i den forbindelse er kunden uvedkommende.”

Der blev ikke i spørgsmål/svarfasen fra tilbudsgivernes side stillet spørgsmål om, hvorvidt overensstemmelseserklæringen skulle vedlægges tilbudene.

Horsens Kommune modtog i alt 14 tilbud fra 9 forskellige tilbudsgivere. Tilbuddene fra ZENZO Group ApS og joca trading a/s indeholdt begge et dokument benævnt EF-overensstemmelseserklæring. De øvrige 7 tilbudsgivere vedlagde ikke sådanne erklæringer. Efter Horsens Kommunes opfattelse indebar dette ikke, at de pågældende tilbud skulle afvises som ukonditionsmæssige. ZENZO Group ApS havde desuden vedlagt en testrapport fra 2005 om støjemission på tysk.

Tilbuddet fra H.E.W. A/S indeholdt ikke forbehold. I afsnit 3.1 i tilbuds-kemaet bekræftes det, at H.E.W. A/S vil opfylde alle krav i udbudsmateria-

let, og det anføres i rubrikken ”Tilbudsgivers eventuelle bemærkninger” udtrykkeligt, at alle krav i kravspecifikationen vil blive opfyldt.

Af underretningen fra Horsens Kommune til ZENZO Group ApS af 25. februar 2015 fremgår blandt andet:

“Der er i alt modtaget 14 tilbud på indkøb af nedgravede affaldsbeholdere. Følgende virksomheder gav tilbud: Kene Handelsselskab ApS, Zenzo Group ApS, PWS Danmark A/S, Rubæk & Co. A/S (3 tilbud), H.E.W. A/S, Euro Group (2 tilbud), HUMUS-Genplast (2 tilbud), joca trading a/s (2 tilbud) og Kristian Rytter A/S.

Tilbudsevalueringen er nu afsluttet, og vi må desværre meddele, at ZENZO Group ApS ikke afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

På baggrund af de i udbudsmaterialet opstillede underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, er der foretaget en vurdering af de indkomne tilbud. Med henvisning hertil, påtænker Horsens Kommune at indgå kontrakt med H.E.W. A/S, som ifølge nedenstående vurderinger har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud jf. underkriterier i udbudsmaterialet se venligst:

Underkriterium	Vægt	H.E.W. Point	ZENZO Group Point
Pris	50%	2,50	2,23
Standard for funktionalitet, brugervenlighed og sikkerhed	15 %	0,56	0,57
Standard for kvalitet	15 %	0,60	0,55
Standard vedrørende æstetiske forhold/design	20 %	0,80	0,80
Total Point		4,46	4,15

Bemærk, at alle point i ovenstående tabel er vægtede point”

Opgaven har tidligere været udbudt af Horsens Kommune. Dette udbud blev imidlertid annulleret. Under dette udbud stod der i udbudsbetingelsernes punkt 3.5 krav nr. 12:

”Beholderen skal i sin helhed være testet i henhold til Maskindirektivet 2006/42/EF.”

Der stod ikke det, som står i udbudsbetingelserne vedrørende nærværende udbud om i en EF-overensstemmelseserklæring at oplyste oplysninger i henhold til § 7, stk. 3 i bekendtgørelse nr. 1040 af 11. september 2001 om støj fra maskiner til brug i det fri.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

ZENZO Group ApS har gjort gældende, at Horsens Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet samt gennemsigtighedsprincippet ved ikke at afvise H.E.W. A/S’ tilbud på trods af, at H.E.W. A/S ikke som krævet i udbudsmaterialet leverede en EF-overensstemmelseserklæring med listede oplysninger i henhold til § 7, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 1040 af 11. september 2001 som en del af tilbuddet. Det er tidligere blevet fastslået i blandt andet klagenævnets kendelse af 2. september 2004, BN Produkter Danmark A/S mod Odense Renovationsselskab A/S, at en ordregiver ikke er berettiget til at tage tilbud i betragtning, der ikke er vedlagt den krævede dokumentation. Horsens Kommune kan derfor ikke tage tilbud i betragtning, som ikke indeholder den dokumentation, der skal indgå i tilbuddet i henhold til udbudsmaterialets punkt 3.1. Det fremgår i den forbindelse ikke af udbudsbetingelsernes punkt 2.6 vedrørende formkrav til tilbudsmaterialet, eller af tilbudsskemaet, at tilbudsgiverne ikke skulle vedlægge den dokumentation, som blev anført i udbudsbetingelsernes punkt 3.5, krav nr. 12.

Ændringen af formuleringen af krav nr. 12 i forhold til det tidligere udbud, hvor der ikke var nævnt noget om en EF-overensstemmelseserklæring viser tydeligt, at det var et krav under dette udbud, at erklæringen skulle vedlægges.

Kontraktudkastets § 9, stk. 1, viser også, at EF-overensstemmelseserklæringen skulle vedlægges tilbuddet.

Den omstændighed, at andre tilbudsgivere ikke har forstået, at der blev stillet et sådant krav, har ikke betydning. Det samme gælder det, som kommunen har anført, om brug af udtrykket ”tilbudsgiver” som betegnelse for den valgte leverandør.

Det fremgår af udbudsmaterialet, at der ikke er mulighed for indlevering af alternative tilbud. Kommunen havde derfor ikke ret til at acceptere et afvigende tilbud og var derfor forpligtet til at afvise tilbuddet.

Horsens Kommune har gjort gældende, at tilbuddet fra H.E.W. A/S på alle punkter var i overensstemmelse med kravene i udbudsbetingelserne, og derfor havde kommunen intet grundlag for at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Horsens Kommune har ikke stillet krav om, at der skulle indgå et eksemplar af EF-overensstemmelseserklæringen for det tilbudte produkt som en del af tilbuddet. Kommunen har i såvel udbudsbetingelserne som i tilbudsskemaet tydeligt angivet, hvilke dokumenter tilbuddet skulle indeholde for at kunne betragtes som konditionsmæssigt. Det er ikke anført, at tilbuddet skulle indeholde et eksemplar af EF-overensstemmelseserklæringen og slet ikke, at vedlæggelse heraf var et mindstekrav.

Angivelsen i udbudsmaterialets kravspecifikation afsnit 3.5 (krav nr. 12) om, at tilbudsgiveren ”i en EF-overensstemmelseserklæring [skal] liste oplysninger i henhold til § 7, stk. 3 i bekendtgørelse nr. 1040 af 11. september 2001 om støj fra maskiner til brug i det fri” (maskinstøjsbekendtgørelsen), er alene udtryk for, at Horsens Kommune over for tilbudsgiverne ville fremhæve, at de tilbudte affaldsbeholdere skulle opfylde det lovgivningsmæssige krav om, at der skal foreligge en EF-overensstemmelseserklæring for produktet. Kommunen har ikke herved pålagt den vindende tilbudsgiver andre forpligtelser, end hvad der allerede følger af maskinstøjsbekendtgørelsen.

Det er helt sædvanligt, at en ordregivende myndighed i en kravspecifikation fremhæver enkelte lovgivningsmæssige krav, som er særligt relevante i forhold til en udbudt kontrakt. At der blev brugt betegnelsen ”tilbudsgiveren” i krav nr. 12 indebærer ikke, at kravet skal forstås som et dokumentationskrav. I kravspecifikationen blev således konsekvent brugt betegnelsen ”til-

budsgiver” i forhold til den aktør, der på baggrund af udbuddet får tildelt rammeaftalen.

Der står heller ikke i krav nr. 12 noget om, at tilbudsgiveren skal vedlægge tilbuddet et eksemplar af den relevante EF-godkendelseserklæring. Det ville i øvrigt have været i strid med strukturen i det samlede udbudsmateriale, hvis der havde indgået et sådan dokumentationskrav i kravspecifikationen, idet alle krav til indholdet af tilbuddene var angivet udtømmende i udbudsbetingelserne og tilbudsskemaet.

Det anførte i kravspecifikationens punkt 3.1 om, at ”Nærværende kravspecifikation (afsnit 3 med underafsnit) indeholder krav, som skal opfyldes og indgå i tilbuddet”, kan ikke tolkes således, at tilbudsgiverne skulle fremlægge dokumentation for, at alle krav angivet i kravspecifikationen – herunder lovgivningsmæssige krav – var opfyldt. Den fremhævede sætning var alene anført for at fremhæve, at kravene i kravspecifikationen i modsætning til de elementer, der vedrørte konkurrenceparametrene, var ufravigelige og skulle overholdes i tilbuddene.

Punkt 3.1 i tilbudsskemaet (bilag A), hvori tilbudsgiveren skulle bekræfte, at tilbuddet levede op til kravene i udbudsmaterialet, er udtryk for en helt sædvanlig fremgangsmåde ved offentlige udbudsforretninger, hvor tilbudsgiverne ikke pålægges at redegøre for opfyldelse af kravene i kravspecifikationen, men alene anmodes om at bekræfte, at de opfylder de pågældende krav.

H.E.W. A/S har i sit tilbud utvetydigt angivet, at tilbuddet er i overensstemmelse med alle krav i udbudsmaterialet, og der er ikke anført forbehold. Horsens Kommune havde således intet grundlag for at afvise tilbuddet fra H.E.W. A/S som ukonditionsmæssigt.

Udformningen af udbudsbetingelserne i det tidligere udbud er principielt dette udbud uvedkommende. Hertil kommer, at der ikke er grundlag for den modsætningsslutning, som ZENZO Group ApS foretager. Det, som blev tilføjet i krav nr. 12, kan således ikke forstås som et dokumentationskrav i forhold til kravet om testning i henhold til maskindirektivet 2006/42EF (det krav som også gjaldt ved det aflyste udbud). En EF-overensstemmelseserklæring i henhold til § 7 i bekendtgørelse nr. 1040 af 11. september 2001 (maskinstøjsbekendtgørelsen) vedrører andre forhold, end hvorvidt en ma-

skine er i overensstemmelse med bestemmelserne i maskindirektivet. Det følger direkte af, at det fremgår af maskinstøjsbekendtgørelsens § 7, stk. 3 nr. 7, at EF-overensstemmelseserklæringen skal indeholde ”En meddelelse om, at maskinen opfylder kravene i direktiv 2000/14/EF”. Direktiv 2000/14/EF er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om støjemission i miljøet fra maskiner til udendørs brug og altså noget andet end maskindirektivet.

Kontraktudkastets § 9, stk. 1, har efter sit indhold ikke nogen betydning for spørgsmålet om, hvorvidt det var et mindstekrav i forbindelse med tilbudsafgivningen, at der skulle fremlægges en EF-overensstemmelseserklæring.

Det faktum, at kun 2 ud af 9 tilbudsgivere fremsendte en EF-overensstemmelseserklæring som en del af deres tilbud, viser også tydeligt, at det generelt ikke har været tilbudsgivernes forståelse af udbudsbetingelserne, at der var krav om fremsendelse af en EF-overensstemmelseserklæring. Havde kommunen afvist de 7 tilbudsgiveres tilbud som ukonditionsmæssige under henvisning til manglende fremsendelse af EF-overensstemmelseserklæring, ville dette have været i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, da det ikke var fremhævet i udbudsbetingelserne, at der skulle fremlægges en sådan erklæring.

Ad påstand 2

ZENZO Group ApS har ikke anført særskilte anbringender til støtte for denne påstand.

Horsens Kommune har gjort gældende, at da der ikke er grundlag for at betragte tilbuddet fra H.E.W. A/S som ukonditionsmæssigt, er der ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 3

ZENZO Group ApS har ikke anført nogen særskilte anbringender til støtte for denne påstand.

Horsens Kommune har gjort gældende, at påstand 3 er så generelt og upræcist formuleret, at den ikke kan danne grundlag for klagenævnets pådømmelse.

Det er desuden uklart, hvilke anbringender ZENZO Group ApS gør gældende vedrørende påstand 3, ligesom det er uklart, hvorved påstand 3 adskiller sig fra påstand 1.

Påstanden skal derfor afvises. Subsidiært skal påstanden ikke tages til følge, jf. det, som Horsens Kommune har anført ad påstand 1.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Selvom bestemmelsen kan læses i den retning, er der ikke i udbudsbetingelsernes punkt 3.5 krav 12 stillet et klart og utvetydigt krav om, at tilbuddet skulle vedlægges en EU-overensstemmelseserklæring. Udbudsbetingelserne indeholder heller ikke i øvrigt et sådant krav. Det fremgår under alle omstændigheder ikke klart, at manglende vedlæggelse af en sådan erklæring vil føre til, at tilbud ikke vil blive taget i betragtning. Uklarheder i udbudsbetingelserne om krav til den krævede dokumentation er ordregiverens risiko. Horsens Kommune ville derfor ikke kunne afvise tilbud, som ikke var vedlagt overensstemmelseserklæringen, og kommunen har dermed ikke handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra H.E.W. A/S i betragtning.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 3

Efter sin ordlyd udtrykker påstand 3 det selvfølgelige forhold, at en ordregiver som Horsens Kommune ikke må tage et tilbud i betragtning, som ikke opfylder ordregiverens (mindste)krav til dokumentation.

Det er uklart, om Zenzo Group ApS har tilsigtet, at påstanden skulle have et indhold, der ligger ud over dette, og herunder om påstanden skulle have et indhold, som er anderledes end det, der allerede fremgår af påstand 1.

Da påstand 3, som den er formuleret, ikke kan danne grundlag for konklusionen i en kendelse, og da det er uklart, hvad Zenzo Group ApS har tilsigtet med påstanden, afvises den.

Ad påstand 2

Da ZENZO Group ApS ikke har fået medhold i påstand 1 og påstand 3 er afvist, tages annullationspåstanden ikke til følge.

Efter sagens udfald skal ZENZO Group ApS betale sagsomkostninger til Horsens Kommune som nedenfor bestemt. Der er ved fastsættelsen af sagsomkostningerne lagt vægt på sagens omfang og forløb.

Herefter bestemmes:

Påstand 3 afvises. Klagen tages herudover ikke til følge.

ZENZO Group ApS skal i sagsomkostninger til Horsens Kommunen betale 12.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig