

KENDELSE

B4 ApS
(Advokat Carsten Malby v/fm. Jesper Theill Eriksen)
mod
Holbæk Kommune
(Selv)

I foråret 1994 skulle indklagede, Holbæk kommune, indkøbe nyt inventar til en tilbygning til kommunens hovedbibliotek. Kommunen ved stadsbibliotekar Bjørn Ulrik Larsen tog i den anledning kontakt til BC Inventar A/S (i det følgende benævnt BCI) med henblik på at opnå bistand til indretningen og bestykningen af lokalerne. BCI besvarede henvendelsen i skrivelse af 11. marts 1994, hvori bl.a. siges:

»... Som aftalt skal jeg herved fremsende et overslag over det skønnede tidsforbrug i forbindelse med indretning af udlånslokalerne i jeres nye bibliotek.

Indretningshonoraret vil beløbe sig til kr. 50.- 55.000,- excl. moms og omfatter:

- Indsamling af relevante oplysninger.
- Udarbejdelse af indretningsskitser til godkendelse i de enkelte afdelinger.
- Optegning og specifikation af de færdig indretningsplaner.
- Udarbejdelse af farve og materialevalg i samarbejde med bibliotek og arkitekt.
- Tidsplan for projektforløbet. ...«

Leverancen af inventar blev udbudt som begrænset udbud i EF-tidende den 15. juli 1994. Tildelingskriterierne er i annoncen beskrevet således:

»... Ordren vil blive givet til den leverandør, hvis tilbud ud fra en helhedsvurdering i størst mulig udstrækning lever op til den ønskede biblioteksløsning. I helhedsvurderingen vil bl.a. indgå pris, kvalitet, service, garanti, leveringstid, funktionalitet, fleksibilitet, fremtidssikring og udbygningsmuligheder.

De anførte kriterier er ikke anført i prioritetsorden. ...«

Af tilbudsbetingelsernes punkt 2.1.i. fremgår, at:

»... Der er udarbejdet indretningsplan for hovedbibliotekets ny bygning, jf. afsnit 6. Denne indretningsplan ønskes lagt til grund for tilbuddet, men det står frit for tilbudsgiver at fremkomme med alternativ(e) indretningsplaner. ...«

I punkt 3.

»... KRITERIER FOR VURDERING AF INDKOMNE TILBUD ...«

siges:

»... Biblioteket vil vælge leverandør ud fra en helhedsvurdering. Priserne på det tilbudte inventar vil ikke være eneaftørende ved valg af leverandør, selv om priserne naturligvis vil være af væsentlig betydning ved vurderingen.

Ud over prisen vil der ved den samlede vurdering blive taget hensyn til, i hvilken udstrækning det tilbudte inventar kvalitetsmæssigt lever op til kravene i tilbudsgrundlaget, herunder følgende (rækkefølgen angiver ikke en prioriteringsorden):

- at det tilbudte inventar sikrer et godt fysisk arbejdsmiljø
- at omkostningerne til daglig drift og vedligeholdelse af inventaret kan holdes på et rimeligt niveau
- at leverandøren har en udbygget serviceorganisation i Danmark
- at der i de kommende år kan påregnes leveringssikkerhed for tilsvarende typer af inventar
- at det leverede reolsystem er enkelt at opstille og flytte
- at leverandøren kan præsentere dokumentation for tilsvarende indretningsopgaver i enten ind- eller udland
- at biblioteket løbende orienteres om videreudvikling af det eksisterende reolsystem, øvrigt opstillingsinventar og skranken. ...«

I punkt 4. hedder det bl.a.:

»... GENEREL BESKRIVELSE AF KRAVENE TIL INVENTARET, DETS KONSTRUKTION MV.

De i dette afsnit angivne konstruktionsmål, som fx 1,5 mm stålplade, 12 mm blød træfiberplade eller 19 mm bøgefineret spånplade, markerer krav til det kvalitetsmæssige niveau. Tilbudsgiver kan fravige disse krav, men det skal tydeligt markeres, hvis det sker - også i tilbudsgivers resumé.

Opmærksomheden henledes endvidere på, at mærkeangivelser, fx »Pause«, er eksempler på materialetyper og udelukkende skal ses som et krav til det kvalitetsmæssige niveau. ...«

Betingelsernes punkt 5. er sålydende:

»... ANGIVELSE AF MÆNGDEN AF ØNSKET INVENTAR, FORDELT PÅ ETAGER.

Nedenstående mængdeangivelser følger det udarbejdede forslag til indretningsplan, jf. afsnit 6 i udbudsmaterialet. Disse mængder ønskes under alle omstændigheder lagt til grund for tilbuddet. Hvis tilbudsgiver har den opfattelse, at ét eller flere elementer i denne mængdeangivelse kan udgå, skal det udtrykkeligt markeres, også i det af tilbudsgiver udarbejdede resumé.

Opmærksomheden henledes i øvrigt på muligheden for at udarbejde en alternativ indretningsplan for de enkelte etager. Det skal i den forbindelse præciseres, at funktionernes (afdelingernes) placering ikke kan ændres. ...«

Betingelsernes punkt 6 indeholder »Forslag til indretningsplan«, herunder tegninger over indretningen af bibliotekets tre etager.

Som bilag til tilbuds-betingelserne fulgte en inventarliste indeholdende en detaljeret beskrivelse af de enkelte inventargenstande. Der er i denne forbindelse anvendt udtrykket »Media Tower« om en speciel inventargenstand.

Som svar på en henvendelse fra klager, B4 ApS, præciserede stadsbibliotekaren i skrivelse af 31. august 1994 visse af beskrivelserne i udbudsmaterialet. Det anføres i skrivelsen, at nogle af kravene, navnlig målene, ønskes fastholdt, men at der i øvrigt ikke på forhånd stilles krav til den fysiske fremtræden af bl.a. Media Towers, tegneseriekrybber, udstillingsreoler og bogstøtter.

I skrivelse af 21. oktober 1994 meddelte indklagede klageren, at kommunen havde antaget et tilbud afgivet af BCI, »hvis tilbud ud fra en helhedsvurdering i størst mulig udstrækning lever op til den ønskede løsning«.

Ved skrivelse af 25. oktober 1994 indgav klager klage til Klagenævnet for Udbud, og der har under skriftvekslingen bl.a. været udvekslet synspunkter med hensyn til brugen af udtrykket Media Tower. Indklagede har i den forbindelse fremlagt skrivelse af 17. januar 1995 fra BCI, hvori bl.a. siges:

»... Som svar på din forespørgsel vedrørende vores Media Tower, kan jeg bekræfte, at det drejer sig om et nyt produkt som vi lancerede i sommeren '94, og at vi på det tidspunkt valgte at bruge de engelske ord Media Tower, hvor vi havde kaldt det tidligere produkt for et Bogtårn.

Vi har ikke registreret dette som et varemærke, da der allerede hos andre udenlandske producenter, eksempelvis Demco i USA bruges navne som Multimedia Displays og Display Towers for Media. Idet BCI distribuerer over hele verden, og således også i USA, var det naturligt at vælge et navn tæt på andre. ...«

Under sagen har der endvidere været fremlagt en side fra firma Demcos katalog, hvori ordet Towers er anvendt.

Parterne har under sagen været enige om, at der kun er ubetydelige forskelle mellem produktbeskrivelsen i indklagedes udbudsmateriale sammenholdt med beskrivelserne i BCIs og klagerens tilbud. Der er endvidere enighed om, at klagerens tilbud var prisbilligere end BCIs.

Sagen har været mundtligt forhandlet den 19. juni 1995.

Klageren har herunder nedlagt påstand om, at det statueres, at indklagede ved tildelingen af ordren ulovligt har diskrimineret klager, idet BCI er tillagt fortrinsstilling ved at have medvirket ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet og, at det statueres, at indklagede i forbindelse med udbuddet har overtrådt artikel 8, stk. 6, i Rådets direktiv 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved

offentlige indkøb ved i vilkårene at indsætte tekniske specifikationer, som er en beskrivelse af et bestemt fabrikat og ved at anføre varemærker på særskilte produkter.

Indklagede har nedlagt påstand om frifindelse.

Der er afgivet forklaringer af direktør Bo Bahrt og konsulent Asger Hansen fra klager, stadsbibliotekar Bjørn Ulrik Larsen fra indklagede og salgsdirektør Lars Barsøe fra BCI.

Direktør Bo Bahrt har bl.a. forklaret, at klager i forbindelse med tilbuddet var nødt til at udvikle forskellige inventargenstande. Firmaets reoler er normalt med firkantede rør, og da der i beskrivelsen krævedes runde rør, måtte man udvikle en ny type reoler. Man var endvidere nødt til at udvikle bogvogne, atlaspulte og Media Towers. Han havde i sommeren 1994 en samtale med stadsbibliotekaren, hvorunder han gjorde denne opmærksom på, at specifikationsgraden i udbudsmaterialet var alt for høj, og at dette var en begunstiggelse af BCI.

Konsulent Asger Hansen, der er far til Bo Bahrt og tidligere har været ansat i BCI, har forklaret, at udbudsmaterialet har en helt usædvanlig høj specifikationsgrad. Dette er en metode, der benyttes i udlandet med henblik på, at kun et enkelt firma kan opfylde betingelserne. Det gælder fx med hensyn til beskrivelsen af afstandsstykkerne i forbindelse med stålreolerne, beskrivelsen af bogvognenes massive bæringer og atlaspultenes beklædning. Disse atlaspulter indgik ikke i klagers varesortiment, og man har derfor i forbindelse med tilbuddet ladet en arkitekt tegne dette element.

Bjørn Ulrik Larsen har bl.a. forklaret, at det påhvilede ham at sandsynliggøre, at de forudsatte funktioner kunne rummes i det ny bibliotek og at specificere, hvor meget inventar, der skulle bruges. Da han tidligere havde haft kontakt med BCI, fandt han det naturligt igen at henvende sig til dette firma, der herefter påtog sig at udarbejde, det der svarer til punkt. 5. og 6. i tilbuds-betingelserne. Resten af betingelserne har han selv skrevet på grundlag af de manualer, han havde til rådighed. Der er tale om standardprodukter, og de forskellige firmaers kataloger lignede til forveksling hinanden. Alle kendte firmaer på markedet - det vil sige i alt 7 - afgav tilbud. Han har selv vurderet, hvilke krav der skulle stilles, men han har nok taget udgangspunkt i BCI's beskrivelser. Der indkom også tilbud fra et firma, der ikke i forvejen var på biblioteksmarkedet, og dette firma havde ingen vanskeligheder med at opfylde de stillede krav. Klagerens tilbud var billigere end BCI's, men ikke det billigste. Klagerens referenceliste var ikke fyldestgørende, idet der kun var henvist til udenlandske projekter, og på grund af selskabets svage kapitalgrundlag fandt han, at der kunne være tvivl om selskabets soliditet og dermed dets evne til opfyldelse af fremtidige leveringsforpligtigelser. Han forelagde ikke disse betænkeligheder for klager. Tre af tilbudsgiverne, herunder det firma, der ikke i forvejen var på markedet, havde designet Deres egne medietårne. Det er korrekt, at tilbuddet er udtryk for en høj specifikationsgrad. Valget af BCI er udtryk for, at man »valgte det sikre«, idet man ikke ønskede at entrere med en leverandør, der ikke tidligere havde leveret til det danske marked. I hans tid som stadsbibliotekar, dvs. siden 1991, har indklagede udelukkende købt hos BCI.

Lars Barsøe har bl.a. forklaret, at BCI på et tidspunkt blev opfordret til at udarbejde forslag til indretning og opgøre inventarbehovet. Han var allerede på det tidspunkt klar over, at der senere ville blive et udbud, hvorfor det var vigtigt at holde tingene adskilt. Efter en dialog med kommunens ansatte, hvorunder han selv kun deltog i et enkelt møde, blev indretningsplan og bestykning færdiggjort. Kravet om runde stålrør skal ses på baggrund af, at indretningsplanen

foreskrev »runde former«, hvorfor firkantede rør var uanvendelige. Han har ikke set det øvrige udbudsmateriale, før BCI reflekterede på annoncen.

Klageren har til støtte for sine påstande nærmere anført, at BCI har medvirket ved tilvejebringelsen af udbudsmaterialet i et sådant omfang, at reel konkurrence har været udelukket. Dette har bl.a. fundet udtryk i, at BCI for at opfylde vilkårene har kunnet indskrænke sig til at indsende sit i forvejen eksisterende katalog, hvorimod de øvrige bydende, herunder klageren, har måttet udarbejde nye løsningsforslag. Princippet om, at ordregivere, ikke på en måde, der har til følge at udelukke konkurrence, må søge eller modtage rådgivning fra nogen, der har forretningsmæssige interesse i den pågældende udbudsforretning, må anses for gældende allerede nu, men er yderligere foreslået optaget i en udtrykkelig bestemmelse bl.a. i indkøbsdirektivet. For at undgå lignende situationer i fremtiden bør det derfor statueres, at BCI har haft en sådan fortrinsstilling, at dette selskab burde have været afskåret fra at byde. Endvidere er indklagede i beskrivelsen af de ønskede produkter gået for langt i forhold til de grænser, der er afstukket af indkøbsdirektivets artikel 8, stk. 6. Dette gælder specielt med hensyn til brugen af udtrykket »Media Tower«, der - uanset at det ikke er registreret - er et varemærke, der anvendes af BCI, men også en række andre anvisninger, fx vedrørende samling af forskellige elementer, indeholder tekniske specifikationer, der strider mod bestemmelsen.

Indklagede har heroverfor anført, at BCIs funktion ved forberedelsen af udbuddet alene har været at fremkomme med forslag til indretningsplan og vurdere mængden af ønsket inventar, svarende til punkt 5. og 6. i tilbudsbetingelserne. Den øvrige del af betingelserne, herunder alt vedrørende kravspecifikationer, er tilvejebragt af indklagede selv. Disse kravspecifikationer indebærer ikke anvendelse af bestemte produkter, og opmærksomheden er udtrykkeligt henledt på muligheden for at fremkomme med alternative løsninger. Produktnavne er udelukkende brugt som eksempler og for at angive et kvalitetsniveau, idet det dog erkendes, at det engelske udtryk »Media Tower« nok ikke burde have været anvendt. Det gælder dog også for dette element, at de bydende har været opfordret til at fremkomme med alternative løsningsforslag. Udbuddet har således respekteret såvel de generelle betingelser for indkøb gennem udbud som de specielle betingelser i indkøbsdirektivets artikel 8, stk. 6.

Klagenævnet udtaler:

Det lægges ved afgørelsen til grund, at indklagede engagerede BCI til at udarbejde indretningsplan og inventarfortegnelse, at inventarbeskrivelsen helt overvejende kom til at svare til de produkter, BCI forhandlede, og at BCI herefter afgav bud og blev tildelt leverancen.

Det er ikke udelukket at antage bud fra en bydende, der har ydet bistand ved udformningen af et offentligt udbud, men det er en betingelse herfor, at der ikke herved sker brud på princippet om ligebehandling af de bydende. I hvert fald under de omstændigheder, der foreligger i denne sag, finder Klagenævnet, at det må påhvile indklagede at sandsynliggøre, at det ret omfattende samarbejde, som indklagede havde med BCI forud for udbuddet og resultaterne af dette samarbejde, ikke forrykkede BCIs konkurrencemæssige stilling i forhold til de øvrige bydende, herunder klager. Nævnet finder ikke kravene til en sådan sandsynliggørelse opfyldt.

Nævnet finder endvidere, at der henset til indholdet af beskrivelserne og de tekniske specifikationer i udbuddet, herunder anvendelsen af udtrykket »Media Tower«, er sket en begunstigelse af BCI på

en sådan måde, at der herved foreligger en overtrædelse af indkøbsdirektivets artikel 8, stk. 6, jf. bekendtgørelse 510 af 16. juni 1994.

Nævnet tager derfor i det hele klagerens påstande til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Holbæk kommune, burde ikke have taget buddet fra BCI i betragtning.

Indklagede skal inden 14 dage i sagsomkostninger betale 20.000,- kr. til klageren, B4 ApS.