

# Klagenævnet for Udbud

J.nr. 98-68.191

(H.P. Rosenmeier, Wayne Jensen, Niels Henriksen)

28. september 1998

## K E N D E L S E

Humus/Genplast ved Hans Jørgen Rasmussen

(advokat Ib Ulstrup, Lystrup)

mod

Esbjerg Kommune

(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse afsendt til EF-Tidende den 21. februar 1997 udbød Esbjerg Kommune som offentligt udbud i henhold til direktiv 93/36 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (Indkøbsdirektivet) levering af ca. 10.000 plastbeholdere med låg og på hjul i størrelsen 240 liter, i det efterfølgende benævnt som affaldsbeholdere. Med hensyn til tildelingskriteriet henvistes til udbudsbetingelserne, jf. nedenfor. Der indkom et antal tilbud, herunder fra klageren (Hans Jørgen Rasmussen).

Ved klageskrift modtaget i Klagenævnet den 24. marts 1998 har Hans Jørgen Rasmussen nedlagt påstand om, at Klagenævnet skal fastslå, at kommunens indkøb af 10.000 affaldsbeholdere i henhold til det ovennævnte udbud er sket i strid med reglerne i Indkøbsdirektivet.

Kommunen har påstået afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Der er fremlagt et antal bilag, ligesom der er afgivet forklaringer af klageren Hans Jørgen Rasmussen, kontorchef i Esbjerg kommune Erling Krog og af Kim L. Røgen, Carl Bro A/S.

Klagen har været behandlet på et møde den 4. september 1998.

Sagens nærmere omstændigheder, således som de er fremgået af bilagene og forklaringerne, er i hovedtræk:

Affaldsbeholdere fremstilles ikke i Danmark, men fremstilles i forskellige andre lande, bl.a. Frankrig, Tyskland og Sverige. Nogle danske leverandører forhandler affaldsbeholdere af forskellige fabrikater. Hans Jørgen Rasmussen forhandler gennem sin personligt drevne virksomhed Humus affaldsbeholdere af et fransk fabrikat.

Alle affaldsbeholdere er fra fabrikken forsynet med et *vandret* håndtag. Afstanden mellem dette håndtag og affaldsbeholder synes at være 4,5-5,5 cm, afhængig af affaldsbeholderens fabrikat.

Det danske arbejdstilsyn har imidlertid fastsat særlige regler om håndtag på affaldsbeholdere. Disse regler er som udgangspunkt indeholdt i AT-cirkulæreskrivelse Nr. 10/1990 om Konstruktion af renovationssystemer mv. Det fremgår af denne cirkulæreskrivelse, at affaldsbeholdere skal være forsynet med *lodrette* håndtag. Det fremgår videre, at der ved håndtag skal være en afstand på mindst 7 cm til affaldsbeholderen. Disse krav er efter det oplyste motiveret med forskellige hensyn til belastningen og risikoen for renovationsarbejdere, når de flytter og løfter affaldsbeholderne. Den omtalte cirkulæreskrivelse er suppleret af nogle senere retningslinjer fra Direktoratet for Arbejdstilsynet. Ifølge disse retningslinjer skal der omkring håndtag normalt være en fri plads på minimum 6,5-7 cm i alle retninger. Hvis arbejdet udføres således, at det alene er nødvendigt med friplads til fingre, vil en afstand på 4,5-5,5 cm dog normalt være tilstrækkelig.

Det danske krav om lodrette håndtag opfyldes i praksis ved, at leverandøren af affaldsbeholdere påmonterer nogle lodrette håndtag på de affaldsbeholdere, som leverandøren markedsfører, og affaldsbeholderne har derefter både vandrette og lodrette håndtag. Hans Jørgen Rasmussen fremstiller lodrette håndtag i den af ham personligt drevne virksomhed Genplast, der har patent på de pågældende håndtag.

Det er almindeligt i branchen at omtale affaldsbeholdere uden påmonterede lodrette håndtag som affaldsbeholdere »uden håndtag«, uanset at sådanne affaldsbeholdere som nævnt altid fra fabrikken er udstyret med vandrette håndtag. Omvendt bruges betegnelsen affaldsbeholdere »med håndtag« om affaldsbeholdere med påmonterede lodrette håndtag. Efter det oplyste forstår alle i branchen, hvad der sigtes til med disse betegnelser.

Det udbud, som sagen angår, angår affaldsbeholdere til haveaffald, dvs. affaldsbeholdere, som haveejerne kan bruge til at køre rundt med i haven og påfylde haveaffald og derefter stille ved vejen til afhentning. Udbudet blev for Esbjerg Kommune ekspederet af Carl Bro A/S. De nærmere vilkår for udbudet var indeholdt i nogle udbudsbetingelser, der blev sendt til de interesserede. Som tildelingskriterium blev i udbudsbetingelserne angivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af nogle nærmere angivne delkriterier. Det anførtes bl.a., at affaldsbeholderne skulle opfylde alle gældende anvisninger og cirkulærer fra Arbejdstilsynet.

Desuden blev det i udbudsbetingelserne angivet, at der ønskedes tilbud på affaldsbeholdere såvel uden håndtag som med håndtag. Dette skyldtes efter det oplyste, at Carl Bro A/S havde foretaget nogle sonderinger hos Arbejdstilsynet og derved havde konstateret, at der muligvis kunne opnås dispensation fra kravet om lodrette håndtag, men at man ikke havde ønsket at lade udbudet afvente udfaldet af en dispensationssag. Det blev ikke nævnt i udbudsbetingelserne, at der ville blive søgt dispensation fra Arbejdstilsynets krav om lodrette håndtag.

Ved skrivelse af 24. marts 1997, dvs. knap en måned efter udfærdigelsen af udbudsbetingelserne, søgte kommunen Arbejdstilsynet om dispensation fra kravet om, at affaldsbeholderne skulle forsynes med lodrette håndtag (i skrivelsen benævnt specielle håndtag). Arbejdstilsynet svarede ved en skrivelse af 7. april 1997. Kommunen forstod denne skrivelse som en dispensation fra kravet om lodrette håndtag, og kommunen valgte derfor at indkøbe affaldsbeholdere uden lodrette håndtag, dvs. alene med de fabriksmonterede vandrette håndtag.

Fristen for at afgive tilbud udløb den 15. april 1997, og Arbejdstilsynets dispensation fra kravet om lodrette håndtag forelå således ca. en uge forinden. Kommunen må endvidere på dispensationens tidspunkt have haft kendskab til, hvilke virksomheder, der var interesserede i at give tilbud, idet fristen for at rekvirere udbudsbetingelserne var udløbet på et tidligere tidspunkt. Der blev imidlertid ikke givet de virksomheder, der havde rekvireret udbudsbetingelserne, underretning om Arbejdstilsynets dispensation. Dette skyldtes ifølge forklaringen fra Kim L. Røgen, at man ikke regnede med, at en sådan underretning var nødvendig.

Hans Jørgen Rasmussen afgav i overensstemmelse med udbudsbetingelserne tilbud på affaldsbeholdere både med og uden håndtag. Hans Jørgen Rasmussens tilbud lå for begge kategorier prismæssigt højt i forhold til tilbudene fra de fleste af de andre tilbudsgivere, og kommunen valgte en anden tilbudsgiver.

Klagenævnet har forstået Hans Jørgen Rasmussens forklaring om sit tilbud således: Hans Jørgen Rasmussen regnede med, at udbudsbetingelsernes krav om, at der skulle gives tilbud på affaldsbeholdere uden lodrette håndtag, var noget sekundært, der blot var medtaget for en sikkerheds skyld. Han forestillede sig, at der måske var tænkt på, at affaldsbeholderne skulle flyttes og løftes i en såkaldt kærre, således at lodrette håndtag ikke ville være nødvendige, men han vidste imidlertid, at man andetsteds havde haft dårlige erfaringer med en kærreløsning. Han regnede derfor med, at der ville blive valgt affaldsbeholdere med lodrette håndtag, således at tilbudene på sådanne affaldsbeholdere ville være det centrale. De lodrette håndtag, som han selv forhandler, har efter hans opfattelse nogle afgørende fordele frem for andre lodrette håndtag, bl.a. af ergonomisk art, og den tilbudsgiver, som senere blev valgt, anvendte da også Hans Jørgen Rasmussens lodrette håndtag i sit tilbud. Hans Jørgen Rasmussen regnede derfor med, at fordelene ved hans lodrette håndtag ville opveje, at hans tilbud var prismæssigt højt.

Hvis han havde fået oplysning om kommunens dispensationsansøgning og således havde vidst, at der var en reel mulighed for, at der ville blive valgt affaldsbeholdere uden lodrette håndtag, ville han ved udformningen af sit tilbud, i tæt samarbejde med sin franske leverandør, have lagt mere vægt på at konkurrere på prisen.

Hans Jørgen Rasmussen har til støtte for sin påstand i hovedtræk anført: Kommunens valg af leverandør er sket i strid med udbudsbetingelsernes angivelse af, at Arbejdstilsynets krav skal være opfyldt, idet den valgte leverandørs affaldsbeholdere ikke har lodrette håndtag og kun har en afstand på 4,5 cm mellem det vandrette håndtag og affaldsbeholder. Arbejdstilsynets dispensation burde have ført til, at udbudet var gået om, og det er uforståeligt, at kommunen ikke gav de interesserede oplysning om dispensationen. Hans Jørgen Rasmussen har som tilbudsgiver retlig interesse i at kunne klage til Klagenævnet, og hans klageret er ikke afskåret ved passivitet. Det beklages, at replikken fra Hans Jørgen Rasmussens advokat blev indgivet efter udløbet af den frist, som Klagenævnet havde fastsat for replikken, men dette har ikke ført til forsinkelse af sagen eller medført gene for kommunen.

Kommunen har til støtte for afvisningspåstanden anført: Hans Jørgen Rasmussen har ikke retlig interesse i at klage til Klagenævnet på et tidspunkt, der ligger så længe efter udbudet, som det er tilfældet for Hans Jørgen Rasmussens klage. Endvidere bør sagen afvises i medfør af analogien af retsplejelovens § 360, stk. 1, jf. § 353, 2. punktum, som følge af, at Hans Jørgen Rasmussens advokat ikke overholdt den frist for replik, som Klagenævnet fastsatte under sagens forberedelse, men først indgav replikken længe efter fristens udløb. I hvert fald bør der ses bort fra replikken i medfør af analogien af retsplejelovens § 357. Til støtte for den subsidiaire påstand om, at klagen ikke tages til følge, har kommunen i hovedtræk anført: Også på dette punkt må der lægges vægt på klagens sene indgivelse, der er udtryk for passivitet hos Hans Jørgen Rasmussen. Kommunen har imidlertid ikke overtrådt udbudsbetingelserne ved valget af tilbudsgiver, og det var jo netop angivet i udbudsbetingelserne, at der skulle gives tilbud på affaldsbeholdere både med og uden lodrette håndtag. Kommunen har desuden anført, at klagen har påført kommunen betydelig ulempe og udgift i størrelsesordenen 10.000 kr. til Carl Bro A/S, og at erstatningskrav mod Hans Jørgen Rasmussen forbeholdes.

Klagenævnet udtaler:

Hans Jørgen Rasmussen har som tilbudsgiver ved det pågældende udbud retlig interesse i, at EU's udbudsregler er overholdt ved administrationen af udbudet og er derfor klageberettiget i medfør af § 4, stk. 1, nr. 1) i Lov om Klagenævnet for Udbud.

Det afskærer ikke Hans Jørgen Rasmussens klageadgang, at han først indgav klagen til Klagenævnet ca. 3/4 år efter udbudet, og forholdet kan heller ikke tillægges betydning på anden måde. Der er ikke fastsat nogen frist for at klage til Klagenævnet, og selv om en klageberettigets klageadgang eller mulighed for at få medhold i en berettiget klage formentlig efter omstændighederne kan blive afskåret ved passivitet, er der ikke grundlag for at fastslå, at Hans Jørgen Rasmussen har udvist passivitet. Han klagede efter det oplyste til Klagenævnet inden rimelig tid efter, at han var blevet bekendt med de forhold, der har begrundet klagen.

Klagenævnet finder det yderst beklageligt, at Hans Jørgen Rasmussens advokat ikke overholdt den af Klagenævnet fastsatte frist for afgivelse af replik. Det må efter omstændighederne kunne føre til afvisning af en klagesag, hvis klageren ikke har overholdt de frister for afgivelse af processkrifter, som Klagenævnet har fastsat under sagens forberedelse, og Klagenævnet har overvejet at afvise den foreliggende sag eller undlade at lade replikken indgå i den som følge af den for sene afgivelse af replik.

Klagenævnet finder dog efter omstændighederne ikke fuldt tilstrækkelig anledning hertil. Klagenævnet lægger herved vægt på, at den for sene replik ikke har forsinket Klagenævnets sagsbehandling og heller ikke har vanskeliggjort kommunens mulighed for at tage stilling til klagen. Klagenævnet lægger videre vægt på, at Hans Jørgen Rasmussen reelt får medhold i klagen, jf. nedenfor, og at det i hvert fald i et tilfælde som det foreliggende ville være utilfredsstillende at afvise en berettiget klage, fordi klagerens advokat har afgivet replik for sent.

De bestemmelser i retsplejeloven, som kommunen har henvist til, har til formål at fremskynde behandlingen af borgerlige sager for domstolene. De gælder ikke for Klagenævnets sagsbehandling og kan ikke uden videre anvendes analogt på denne.

Klagenævnet finder ikke grundlag for at fastslå, at kommunens valg af leverandør er sket i strid med udbudsbetingelserne. Klagenævnet henviser herved til, at der efter udbudsbetingelserne skulle afgives tilbud på bl.a. affaldsbeholdere uden (lodrette) håndtag, og at alle i branchen ved, at der herved sigtes til affaldsbeholdere med fabriksudførte vandrette håndtag med en afstand under 7 cm fra affaldsbeholderen.

Klagenævnet finder imidlertid, at kommunen i udbudsbetingelserne burde have oplyst, at der ville blive søgt om dispensation fra kravet om lodrette håndtag, og at kommunen burde have givet de interesserede virksomheder oplysning om Arbejdstilsynets dispensation fra dette krav, da den forelå. Det kan ikke afvises, at sådanne oplysninger kunne have haft betydning for tilbudsgivernes udformning af deres tilbud, jf. herved Hans Jørgen Rasmussens forklaring om, at han ville have søgt at konkurrere på prisen, hvis han havde kendt dispensationsansøgningen og dispensationen. Klagenævnet finder videre, at kommunen ved at undlade at give de nævnte oplysninger har tilsidesat de krav

om en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af det udbudte, der må anses indeholdt i EU's udbudsregler.

Herefter bestemmes:

Klagenævnet konstaterer, at Esbjerg kommune har handlet i strid med EU's udbudsregler ved ikke i udbudsbetingelserne at have oplyst, at der ville blive søgt om dispensation fra Arbejdstilsynets krav om lodrette håndtag, og ved ikke at give de interesserede virksomheder underretning om Arbejdstilsynets dispensation, da den forelå.

Indklagede, Esbjerg Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Humus/Genplast ved Hans Jørgen Rasmussen betale 5.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.