

K E N D E L S E

Humus ved Hans Jørgen Rasmussen
(advokat Ib Ulstrup, Lystrup)

mod

Affaldsselskabet Bobøl I/S
(advokat Palle Rohrsted, Ribe)

Ved udbudsbekendtgørelse af 12. januar 1999 udbød indklagede, Affaldsselskabet Bobøl I/S, der er et interessentskab med Bramming Kommune, Brørup Kommune, Helle Kommune, Holsted Kommune, Ribe Kommune og Vejen Kommune som interessenter, som offentligt udbud efter direktiv 93/36 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (Indkøbsdirektivet) indkøb af enheder bestående af 1) en kompostbeholder, 2) en beluftningsstok, 3) en køkkenbeholder, 4) en brugervejledning og 5) en kompostkultur á 5 liter til brug ved en frivillig ordning med hjemmekompostering af vegetabilsk affald ved private husstande i Bramming Kommune, Brørup Kommune, Helle Kommune, Holsted Kommune og Ribe Kommune. Købet omfattede en hovedlevering på mellem 4.000 og 10.000 sæt, der skulle være afsluttet senest 1. juni 1999, samt et ukendt antal efterfølgende leveringer af 100 sæt i perioden indtil maj 2001, hvor kontrakten skulle udløbe.

Ved tilbudsfristens udløb 17. marts 1999 havde 5 virksomheder afgivet tilbud. Den 26. marts 1999 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Miljø-Art A/S, og der blev herefter den 4. maj 1999 indgået kontrakt med denne tilbudsgiver.

Den 7. maj 1999 indgav klageren, Humus ved Hans Jørgen Rasmussen, som havde afgivet tilbud under udbudet, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Affaldsselskabet Bobøl I/S. Klageren anmode samtidig om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 15, stk. 1, skulle tillægge klagen opsættende virkning. Den 2. juni 1999 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Sagen har været behandlet på et møde den 27. september 1999.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Principal:

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 26. marts 1999 om at indgå kontrakt med Miljø–Art A/S vedrørende indkøb af kompostbeholdere m.v.

Subsidiært:

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med EU–udbudsreglerne ved den 26. marts 1999 at beslutte at indgå kontrakt med Miljø–Art A/S, uagtet tilbudet fra denne tilbudsgiver ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelserne, derved

1. at tilbudet ikke opfyldte kravet om, at der på kompostbeholderne »skal være udført forsvarlig sikring mod insekter«.
2. at tilbudet ikke opfyldte kravet om, at »bunden skal være udført af rottesikret materiale«.

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

Klagenævnet har endvidere besluttet at behandle følgende spørgsmål:

3. Om indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at anføre: »Bobøl forbeholder sig ret til frit..... at vælge kompostbeholdere, samt eventuelt at forkaste samtlige tilbud i forbindelse med en annulation af licitationen«.

Udbudsbetingelserne indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

».....

1.2. Udbudsform:

Indkøbet udbydes i Eu–licitation – Offentlig udbud – i henhold til bestemmelserne i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993. Bobøl forbeholder sig ret til frit, men under hensyn til tildelingskriterierne, at vælge kompostbeholdere med beluftningsstokke, brugervenlig informationsmateriale, køkkenspande og kompostorme blandt de indkomne tilbud, samt eventuelt at forkaste

samtligte tilbud i forbindelse med en annullering af licitationen.

.....

1.6. Grundkrav:

Følgende er Bobøl's grundkrav til den beholder, der kan komme i betragtning:

Kompostbeholderen skal være udført i et design, der naturligt kan indpasses i et havemiljø (farveprøver, af de standardfarver beholderen leveres i, skal vedlægges).

Beholderen kan leveres samlet klar til brug og den kan leveres adskilt, men skal i givet fald bestå af få dele og være nem at samle.

Beholderen skal være nem at betjene, helst med én hånd og det skal være nemt at ilægge affald og udtage kompost.

Beholderen skal kunne opnå en god arbejdstemperatur.

Der skal være en god ventilation af beholderen med mulighed for manuel regulering.

Beholderen skal være robust og af god kvalitet.

Beholderens overflade skal være vejrbestandig og smudsafvisende.

Der skal være udført forsvarlig sikring mod insekter og bunden skal være udført af rottesikret materiale.

Kompostbeholderen skal være indpræget med eller påmonteret et holdbart skilt med teksten »Tilhører Affaldsselskabet Bobøl«.

Placeringen af teksten foretages efter nærmere aftale med Bobøl.

Bogstavstørrelsen skal være ca. 15 mm.

Køkkenbeholderen skal, hvad enten den står eller hænger, være udformet således, at den kan placeres i et standard køkkenskab under vasken.

Derudover skal der være tætsluttende låg på køkkenbeholderen hvorved eventuelle lugtgener minimeres.

1.7 Tildelingskriterier:

Som tildelingskriterium anvendes det økonomiske mest fordelagtige tilbud ud fra en helhedsvurdering af:

Prisniveau – herunder indgår den samlede kontraktsum jvf. tilbudslisten samt tilbudsgiverens eventuelle forbehold, som måtte have indflydelse på prisen.

Kvalitet – herunder indgår eventuel garanti og holdbarhed.

Udformning – herunder design, materialevalg, miljøbelastninger ved produktion og bortskaffelse m.v., sikring mod insekter (bananfluer, hvepse m.v.) og udførelse af bund med sikring mod rotter.

Brug – herunder enkelhed i betjening, rengøring, vedligehold og informationsmateriale.

Levering – herunder løbende levering, evt. fremskudt levering i

forhold til sidste frist for levering, leveres beholderen samlet/usamlet hvor let er den at samle.

.....«

Ved bedømmelsen af tilbudene anvendte indklagede et bedømmelsesskema, hvor der ved bedømmelsen af de enkelte kriterier blev anvendt en gradskala 0 – 4, og hvor der blev anvendt følgende vægtning:

Prisniveau	35 %
Kvalitet	20 %
Udformning	20 %
Brug	15 %
Levering	10 %

Indklagede har oplyst, at dette bedømmelsesskema blev udarbejdet i perioden efter, at udbudsbetingelserne var udsendt til tilbudsgiverne, og indtil den 17. marts 1999, da fristen for afgivelse af tilbud udløb, samt at skemaet ikke blev udleveret til nogen af tilbudsgiverne, før fristen for afgivelse af tilbud var udløbet, man først efter at tilbudene var afleveret.

Klageren har til støtte for sine påstande gjort gældende, at tilbudet fra Miljø–Art A/S ikke opfyldte de grundlæggende krav i udbudsbetingelserne, der er anført i påstand 1, at indklagede derfor har været forpligtet til at undlade at tage dette tilbud i betragtning, samt at indklagede således har handlet i strid med EU–udbusreglerne ved at tage tilbudet i betragtning og ved at beslutte, at der skal indgås kontrakt med denne tilbudsgiver. Klageren har nærmere anført, at det udtrykkeligt af udbudsbetingelserne fremgår, hvilke grundlæggende krav der stilles til kompostbeholdere, nemlig de krav der er opregnet i afsnit 1.6. med overskriften »Grundkrav«. Tilbudet fra Miljø–Art A/S opfylder ikke 2 af disse grundlæggende krav, idet den kompostbeholder, som Miljø–Art A/S har afgivet tilbud på, dels ikke er udført med »forsvarlig sikring mod insekter«, dels ikke forsynet med en bund »udført af rottesikret materiale«. Klageren har vedrørende kravet om »sikring mod insekter« henvist til, at Miljø–Art A/S' kompostbeholder ikke er sikret mod, at insekter trænger ind i beholderen, da den har flere utætheder. Klageren har vedrørende »rottesikret materiale« henvist til en erklæring af 11. marts 1999 fra Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, Statens Skadedyrs-laboratorium, hvorefter fremgår, at kun kompostbeholdere med bundplade i 0,7 mm galvaniseret stål og kompostbeholdere med bundplade i 6 mm plast med indlagt galvaniseret stålnet med en maskevidde på knap 15 mm kan anses for rottesikker, mens kompostbeholdere alene med bundplade af 6 mm plast ikke er rottesikker.

Klageren har særligt til støtte for den principale påstand gjort gældende, at den aktuelle overtrædelse af EU-udbudsreglerne er så væsentlig og konsekvenserne af overtrædelsen er så betydelige, at betingelserne for, at Klagenævnet i medfør af § 5, stk. 1, 1. pkt., annullerer indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Miljø-Art A/S, er opfyldt.

Indklagede har til støtte for sin påstand gjort gældende, at bestemmelserne i afsnit 1.6. i udbudsbetingelserne ikke efter deres indhold er og heller ikke har været tænkt som grundlæggende krav, men alene har været ment som en opregning af 12 tekniske krav, som tilbudsgiverne skulle tage i betragtning ved udformningen af deres tilbud. Samtlige 12 krav i afsnit 1.6. er – uanset den uheldige overskrift »Grundkrav« – efter deres beskaffenhed krav, som kan opfyldes på mange måder og med varierende effektivitet. De 2 påberåbte bestemmelser indebærer således ikke et krav om, at det skal være fysisk umuligt for insekter at komme ind i kompostbeholderne, eller om, at det skal være fysisk umuligt for rotter at trænge igennem kompostbeholdernes bund. Dette understreges af, at afsnit 1.7. »Tildelingskriterier« ved opregningen af underkriterier udtrykkeligt henviser til »sikring mod insekter (bananfluer, hvepse m.v.)« samt til »udførelse af bund med sikring mod rotter«. En henvisning til disse krav i punkt 1.6. ville have været uden mening, såfremt de 2 krav skulle forstås som et krav om, at indtrængen af insekter og rotter i kompostbeholderne skulle være en fysisk umulighed. Indklagede ville have handlet i strid med EU-udbudsreglerne, hvis indklagede havde anset tilbudet fra Miljø-Art A/S for ukonditionsmæssigt, og hvis klagerens opfattelse af udbudsbetingelserne var rigtig, ville alle 6 tilbud i øvrigt have været ukonditionsmæssige.

Klagenævnet udtaler:

Efter almindelig læsning af afsnit 1.6. i udbudsbetingelserne har indklagede i dette afsnit opregnet 12 egenskaber ved kompostbeholderne, som indklagede som udbyder kræver opfyldt, og for samtlige 12 kravs vedkommende drejer det sig om krav, som kan opfyldes på forskellig måde og med forskellig effektivitet. Uanset, at indklagede som overskrift til dette afsnit i udbudsbetingelserne har valgt den vildledende betegnelse »Grundkrav«, har klageren således ikke haft noget grundlag for at opfatte afsnit 1.6. i udbudsbetingelserne som indeholdende en opregning af »ufravigelige krav«. Det bemærkes herved specielt vedrørende kravet om sikring mod rotter, at den omstændighed, at klageren har sin bestemte opfattelse af, hvad der kræves

for, at en kompostbeholder er »udført af rottesikret materiale« og i forbindelse med afgivelsen af sit tilbud orienterer indklagede herom, er uden betydning for indklagede. Efter Indkøbsdirektivet påhviler det indklagede på grundlag af udbudsbetingelserne at vurdere, om de tilbudte kompostbeholdere opfylder det fastsatte krav om rottesikring. Det følger heraf, at indklagede ikke som anført af klageren har handlet i strid med EU-udbudsreglerne, og Klagenævnet tager derfor ikke nogen af klagerens påstande til følge.

Indklagede har i afsnit 1.7. »Tildelingskriterier« vedrørende kravet om sikring mod insekter anvendt en formulering, som adskiller sig fra formuleringen i afsnit 1.6. »Grundkrav«, nemlig »sikring mod insekter (bananfluer, hvepse m.v.)« contra »sikring mod insekter«. Med henblik på at gøre udbudsbetingelserne klare skulle afsnit 1.6. og ikke afsnit 1.7. have indeholdt den fuldstændige beskrivelse af det pågældende krav, mens der i opregningen i afsnit 1.7. af underkriterierne alene skulle have været henvist til dette krav i afsnit 1.6.

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved i afsnit 1.2. i udbudsbetingelserne at anføre, at indklagede »forbeholder sig ret til frit.....at vælge kompostbeholdere«, da indklagede efter Indkøbsdirektivet ikke frit, men alene på grundlag af en vurdering af de tilbudte kompostbeholdere i overensstemmelse med det fastsatte tildelingskriterium kan beslutte indkøb af kompostbeholdere. Indklagede har endvidere handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved i afsnit 1.2. i udbudsbetingelserne at anføre, at indklagede »forbeholder sig ret til frit.....at forkaste samtlige tilbud i forbindelse med en annulation af licitationen«, da indklagede efter Indkøbsdirektivet ikke frit, men kun, hvis selskabet har en saglig grund hertil, kan annullere udbudet.

Klagenævnet bemærker endelig, at indklagede ville have handlet i strid med EU-udbudsreglernes ligebehandlingsprincip, hvis selskabet forud for tilbudsgivernes afgivelse af tilbud havde givet tilbudsgivere adgang til at gøre sig bekendt med det udarbejdede bedømmelsesskema, der ikke var gjort til en del af udbudsbetingelserne.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig