

K E N D E L S E

Akso Nobels Industrial Chemicals B.V.
c/o Akso Nobel Salt A/S
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Tønder Kommune
(advokat Niels Kaiser, Århus)

I december 2008 iværksatte Tønder Kommune (indklagede) en offentlig licitation efter Tilbudsloven (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) vedrørende levering af vejsalt til glatførebekæmpelse for perioden den 15. januar 2009 – den 1. april 2010.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 15. januar 2009 var der indkommet tilbud fra 3 tilbudsgivere således:

1. Akso Nobel Salt A/S (klageren)	1.467.200 kr.
2. Brøste A/S	1.302.000 kr.
3. GC Riber Salt A/S	1.487.500 kr.

Tilbuddet fra klageren var fordelt på 2 typer salt således:

A. Strøsalt	1.302.000 kr.
B. Vakuumsalt	165.200 kr.
i alt	1.467.200 kr.

De øvrige tilbudsgiveres tilbud angik alene strøsalt. Priserne for strøsalt var for alle tilbudsgiveres vedkommende for levering af 3.500 ton.

Ved skrivelse af 15. januar 2009 accepterede indklagede klagerens tilbud på vakuumsalt. Samtidig meddelte indklagede, at man tildelte aftalen om strøsalt til Brøste A/S.

Den 17. februar 2009 indgav klageren, Akso Nobels Industrial Chemicals B.V., klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 15 d ved at forbeholde »sig ret til at vælge frit mellem de indkomne tilbud hver for sig eller samlet«, idet et sådant frivalgsforbehold ikke sikrer, at udvælgelsen af tilbudsgiverne sker på grundlag af objektive, saglige og ikke diskriminerende kriterier.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 15 d ved i udbudsbetingelserne at have foreskrevet følgende tildelingskriterier:

- Leveringssikkerhed
- Erfaringer/referencer
- Leverandørens produktspecifikation

uden samtidig dels at præcisere forståelsen af de enkelte kriterier dels at fastsætte krav til tilbuddene, som gjorde det muligt ved vurderingen af tilbuddene at anvende de fastsatte kriterier.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 15 ved valg af leverandør til levering af strøsalt at lægge vægt på, at den tilbudte salt svarede til den salt, den pågældende leverandør havde leveret til indklagede i den forgangne vintersæson, og at indklagede derfor sparede udgifterne ved i en overgangsperiode at skulle oplagre flere strøsalttyper samt udgifter til ny indsåning af alle spredere, idet disse forhold

ikke kan rummes inden for en naturlig forståelse af de i udbudsmaterialet angivne tildelingskriterier.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at beslutte at indgå kontrakt med Brøste A/S vedrørende levering af strøsalt uden forinden at have gennemført et udbud efter reglerne i Udbudsdirektivet.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 15. januar 2009 om at tildele den udbudte strøsaltleverance til Brøste A/S.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 3 og 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har for så vidt angår påstand 4 erkendt overtrædelsen.

I udbudsbetingelserne af fra december 2008 er bl.a. anført følgende:

»1. Orientering.

...

Leverancen er et led i udbud af drift og vedligeholdelse på vejnettet i Tønder Kommune, og denne leverance omfatter levering af salt til glatførebekæmpelse for perioden 15. januar 2009 til 1. april 2010. Der er ikke mulighed for efterfølgende kontraktforlængelse.

Beredskabsperioden for vintertjenesten er almindeligvis fra 1. oktober til 30. april, hvor leverancen sker løbende. Der skal leveres salt til 6 salthaller i kommunen, og den samlede leverance er skønnet til 3500 tons strøsalt og 400 tons vakuumsalt, idet den afpasses efter vejr og vejrforhold. I det efterfølgende betegnes leverandør som sælger og ordregivende myndighed som køber.

Det nuværende lager pr. 15. december 2008 er ca. 2700 tons strøsalt og ca. 110 tons vakuumsalt.

...

2. Bestemmelser om udbud og tilbud.

...

Tilbud skal afgives på vedlagte tilbudsliste. Der kan afgives tilbud på strøsalt og vakuumsalt hver for sig eller samlet, og køber forbeholder

sig ret til at vælge frit blandt de indkomne tilbud hver for sig eller samlet. Der kan samtidigt angives en samlet rabat, angivet i procent, ved tilbud på den samlede leverance.

...

Købers valg af leverandør vil, hovedsagelig ske med baggrund i tilbudssummen, men derudover vurderes følgende:

- leveringssikkerhed
- erfaringer / referencer
- leverandørens produktspecifikation

Disse parametre er ikke anført i prioriteret rækkefølge.

...

5. Tilbuds- og afregningsgrundlag.

...

5.1. Strøsalt.

Den samlede leverance skønnes fordelt således:

	Strøslat (tons)
Sølsted	2200
Løgumkloster	300
Tønder	350
Bredebro	0
Toftlund/Agerskov	350
Skærbæk	300

Den samlede mængde kan variere +100%/-50%

5.2. Vakuumsalt.

Den samlede leverance i løbet af vinteren skønnes fordelt således:

	Vakuumsalt (tons)
Sølsted	280
Løgumkloster	0
Tønder	50
Bredebro	0
Toftlund/Agerskov	20
Skærbæk	50

Den samlede mængde kan variere +100%/-50%

...«

Ved skrivelse af 21. januar 2009 til indklagede anmodede klageren om en begrundelse for, at indklagede havde tildelt strøsaltleverancen til Brøste A/S. I en skrivelse af 27. januar 2009 til klageren anførte indklagede på denne baggrund bl.a. følgende:

»Begrundelsen for vort valg er, som jeg også meddelte dig telefonisk, vore udbudsbetingelser, hvor vi under pkt. 2. Bestemmelser om udbud og tilbud. bl.a. skriver » køber forbeholder sig ret til at vælge frit blandt de indkomne tilbud« og »Købers valg af leverandør vil hovedsagelig ske med baggrund i tilbudssummen, men derudover vurderes følgende: leveringssikkerhed - erfaringer/referencer - leverandørens produktspecifikation. Disse parametre er ikke anført i prioriteret rækkefølge.«

Vi valgte Brøste A/S til levering af strøsalt, idet de ved deres tilbud angav at ville levere et materiale med nøjagtig samme produktspecifikation, som på den salt de leverede til os i den forgangne vintersæson. Et materiale som vi for øvrigt kun har haft de allerbedste erfaringer med. Ved dette valg sparede vi bl.a. udgifterne ved i en overgangsperiode at skulle kunne oplagre flere strøsaltstyper samt en ny indsåning af alle vore spreder.

Med hensyn til et EU-udbud var vort bedste skøn bl.a. begrundet i vort store saltlager på udbudstidspunktet, at der ikke var grundlag for et sådant udbud.«

Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«/»det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 4

Kommissionen har i meddelelse 2007/C 301/01 offentliggjort den tærskelværdi, der gælder for perioden, hvor indklagede gennemførte sin indkøb af vejsalt, og som er afgørende for, om indklagede skulle have udbudt ordren efter reglerne i Udbudsdirektivet. Tærskelværdien er fastsat til 1.535.844 kr., ekskl. moms, Den samlede værdi af orden, når bortses fra optioner, udgør 1.467.200 kr. ekskl. moms.

Af udbudsdirektivets artikel 9, stk. 1, fremgår, at den ordregivende myndighed, når den anslår det beløb, som myndigheden kan komme til at betale for den udbudte ydelse, skal tage hensyn til enhver form for optioner. Ordregivers saglige skøn over den samlede udgift er afgørende for, om den udbudte ydelse er over tærskelværdien for Udbudsdirektivet.

Af udbudsbetingelsernes punkt 5 fremgår, at indklagede har en option på at udvide ordren på vejsalt med op til 100 %. Værdien af ordren er derfor det dobbelte af det ovenfor anførte beløb, og værdien overstiger klart tærskelværdien for Udbudsdirektivet. På grund af optionen om at udvide ordren med 100 % har indklagede ikke med føje kunnet anslå værdien af ordren til en beløb, der ligger under tærskelværdien for Udbudsdirektivet.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 5

Indklagede har som beskrevet ad påstand 4 tilsidesat væsentlige udbudsretlige bestemmelser, og Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 1-3

Under hensyn til det ad påstand 4 og 5 anførte er der ikke grundlag for at tage stilling til påstand 1-3, der derfor afvises.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at beslutte at indgå kontrakt med Brøste A/S vedrørende levering af strøsalt uden forinden at have gennemført et udbud efter reglerne i Udbudsdirektivet.

Ad påstand 5

Indklagedes beslutning af 15. januar 2009 om at tildele den udbudte strøsaltleverance til Brøste A/S annulleres.

Påstand 1, 2 og 3 afvises.

Indklagede, Tønder Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Akso Nobels Industrial Chemicals B.V., betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig