

K E N D E L S E

JSK Container A/S
(selv)

mod

I/S Vestforbrænding
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 150-368905 af 2. august 2019 udbød I/S Vestforbrænding ("Vestforbrænding") som offentligt udbud efter udbudsloven to rammeaftaler om levering af skilte til genbrugsstationer.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. september 2019 havde tre virksomheder afgivet tilbud på delaftale 1, og fire virksomheder havde afgivet tilbud på delaftale 2. Den 24. september 2019 besluttede Vestforbrænding at indgå kontrakt om delaftale 1 og 2 med SSC A/S ("SSC"), og kontrakt blev herefter indgået den 15. oktober 2019.

Den 6. oktober 2019 indgav JSK Container A/S ("JSK") klage til Klagenævnet for Udbud over Vestforbrænding. Klagen har været behandlet skriftligt.

JSK har ikke nedlagt præcise påstande. Klagen må forstås sådan, at JSK nedlægger påstand om, at Vestforbrændings beslutning om at tildele kontrakten vedrørende levering af skilte til genbrugsstationer til SSC annulleres. JSK's påstande må i øvrigt forstås således:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Vestforbrænding har handlet i strid med udbudslovens § 4 og principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 ved at have givet SSC uretmæssige konkurrencefordele, idet SSC i forbindelse med udbuddet har kunnet danne priser og tilbudgrundlag længe, før udbuddet blev offentliggjort.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Vestforbrænding har handlet i strid med udbudslovens § 39, stk. 2, nr. 2, og stk. 3, og udbudslovens § 136, nr. 2, ved at have givet SSC uretmæssige konkurrencefordele, idet det tydeligt fremgår af bilag 1 - 16, at SSC's design/tegninger danner grundlag for udbuddet, og SSC skulle derfor have været udelukket fra at afgive tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Vestforbrænding har handlet i strid med udbudslovens § 39, stk. 2, nr. 2, og stk. 3, udbudslovens § 136, nr. 2, og principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 ved at have givet SSC uretmæssige konkurrencefordele, idet SSC har stået for fremstilling af prototype af både skilte og skiltebeslag, som blev brugt som besigtigelse for øvrige tilbudsgivere under udbuddet.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Vestforbrænding har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved at have rettet alle tekniske spørgsmål vedrørende udbuddet til SSC, da spørgsmålene er relateret til deres produkt.

Vestforbrænding har principalt nedlagt påstand om, at klagen afvises som følge af, at de nedlagte påstande ikke er egnede til at danne grundlag for sagens behandling, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 13. januar 2020 meddelt Vestforbrændings kontraktpart, SSC, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

SSC har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Vestforbrænding driver en række genbrugsstationer. For at vejlede borgerne og virksomhederne i, hvor og hvordan affaldet skal afleveres, er der på genbrugsstationerne opstillet en række skilte. De skilte, som virksomheden har benyttet, lider af en række fejl og mangler, og der har været problemer med skiltene i kraftigt blæsevejr. Det har været vanskeligt at skifte skiltene i forbindelse med eksempelvis skift af containere, hvilket kan få alvorlige konsekvenser for brugerne og personalet på genbrugsstationerne, idet skiltene er væltet. Derudover er der også risiko for arbejdsskader ved løft af skiltene som følge af disses vægt og uhensigtsmæssige konstruktion. Derfor valgte Vestforbrænding at udvikle et nyt skiltesystem, som blev gennemtestet forud for udbuddet.

Vestforbrænding kontaktede SSC i sommeren 2017 med henblik på at opnå hjælp til at designe, udvikle og teste et skiltesystem. Parterne indgik sålydende ”Aftale vedrørende udvikling af skilteløsning”:

”1. Aftalegrundlag

...

1.2 Produkt

Ved overdragelsen i henhold til punkt 2 overdrages følgende produkt:

- Skiltesystem til skiltning af genbrugsstationer under Vestforbrænding

1.3 Aftalegrundlag - aftaletype

Aftalen beskriver Vestforbrændings og Designerens forpligtelser og rettigheder.

Kontraktgrundlaget består af følgende dokumenter i prioriteret rækkefølge:

- Nærværende aftale
- Bilag 1 - Vestforbrændings Standard betingelser
- Bilag 2 - Leverandørens tilbud

...

1.4 Udtrædelsesadgang

...

Designeren aflevere alle udførte arbejder til Vestforbrænding

2 Produktet

2.1 Omfang

I designfasen udarbejder Designer og VF i fællesskab en Designmanual. Indholdet beskriver de designmæssige løsninger, der er opnået i løbet af kontraktens løbetid.

Manualen skal efterfølgende kunne danne grundlag for et offentligt udbud på fremstilling af produktet.

Designeren har på lige fod med andre producenter mulighed for at byde på opgaven.

...

3. Designrettighederne

Alle ophavsrettigheder, varemærker, designrettigheder, patenter og andre immaterielle rettigheder, der vedrører det produkt designeren har frembragt overdrages til Vestforbrænding, når denne har godkendt produktet...

4 Designerens ansvar og rettigheder

...

4.3 Oplysninger og bistand

Designeren skal meddele alle fornødne oplysninger og i øvrigt yde nødvendig bistand ved eventuel retsforfølgelse, hvad enten retsforfølgelse er påbegyndt af tredjemand eller Vestforbrænding.

...”

Af et internt notat af 7. september 2017 fra Vestforbrænding fremgår om Vestforbrændings krav og forventninger til samarbejdet med SSC blandt andet:

”Grundlag

Det formelle grundlag for samarbejdet, er den mellem parterne indgåede ”Aftale vedrørende udvikling af skilteløsning”.

Desuden har der den 2. juni været afholdt et møde mellem parterne hvor Vestforbrænding præsenterede overordnet omkring det konkrete udviklingsbehov og ønsket om at gå ind i et samarbejde med Shark Containers [SSC] om den konkrete udvikling.

...

Forudsætninger

- Vestforbrænding fastsætter det præcise udviklingsbehov. Udviklingsbehovet kan aftales justeret undervejs i processen.
- Den konkrete videreudvikling af skiltelementer skal tage udgangspunkt i størst mulig grad af genanvendelse af de eksisterende skilteløsninger/-principper hvor dette er muligt.

...

Udviklingsarbejdet er tilendebragt når Vestforbrænding har accepteret/godkendt de produkter/monteringsmetoder der måtte komme ud af udviklingsarbejde.

Den overordnede proces er:

1. Konkret udvikling af løsningsforslag
2. Produktion af prototype
3. Test af løsningsforslag
4. Evaluering af løsningsforslag (Teknik, Ergonomi, Konsekvens ift. eksisterende løsning)
5. Evt. justering og fornyet test og evaluering
6. Beslutning
7. Udarbejdelse af dokumentation
8. Formel afslutning af udviklingsarbejdet

...

Dokumentation

Alle færdige løsninger skal dokumenteres med produktionstegninger og materialespecifikationer.

Alle eksisterende løsninger skal som der ikke udvikles på skal vi også have produktionstegninger og materialespecifikationer på (formentlig hentes ind hos BN Skilte)

Vi har brug for ovenstående materialer i forhold til udarbejdelse af kravspecifikation til selve skilteudbuddet.

Stop af samarbejde

Det konkrete samarbejde som er omfattet af "Aftale vedrørende udvikling af skilteløsning" stoppes når produkter er færdigudviklet og dokumenteret, jf. ovenstående."

Af et senere internt notat af 18. april 2018 fra Vestforbrænding fremgår om kravene til SSC's dokumentation vedrørende skilteløsninger:

"...

Tekniske tegninger

Tekniske beskrivelser

- Tekniske tegninger;
 - Konstruktions-/måltegnninger som entydigt understøtter nedenstående om materialer, samlevejledning og monteringsvejledning.
- Materialer;
 - Detaljeret beskrivelse af de anvendte materialer (typebetegnelser m.v.)
 - Hvad kan de enkelte materialer (holdbarhed og under hvilke forudsætninger)
 - Hvad kan de enkelte materialer ikke (fejlbrug/fejlproduktion)
- Samlevejledning;
 - Hvordan skal de enkelte skilte dele samles til det færdige skilt?
 - Skruer (hvordan og typer)
 - Bukninger (hvordan og typer)
 - Svejsninger (hvordan og typer)
 - Limning (hvordan og typer)
 - Folier (hvordan og typer)
 - Xx
 - Hvor kan der evt. gås på kompromis i forhold til samling af skilte? (evt. option?)
 - Hvad skal være opfyldt ift. at kunne gå på kompromis? (evt. option?)
- Monteringsvejledning;
 - Hvordan skal skilteelementer monteres?
 - Skruer/bolte (hvordan og typer)
 - Svejsninger (hvordan og typer)
 - Xx
 - Hvor kan det evt. gås på kompromis i forhold til montering af skilte? (evt. option?)
 - Hvad skal være opfyldt ift. at kunne gå på kompromis? (evt. option?)
- Kontrol og vedligeholdelse
 - Hvad er der af krav til løbende kontrol og vedligeholdelse?
 - Forudsætninger ift. forventet levetid.”

Vestforbrænding har oplyst, at der i 2018 blev udviklet og testet to prototyper, og at der i januar 2019 blev foretaget en fuldskalatest, som blev evalueret i maj 2019. Evalueringen fremgår af en e-mail af 3. maj 2019 fra Vestforbrænding til SSC med emnefeltet ”Skilteudvikling; Referat af dagens møde om opsamling på skiltetest på Ballerup og Glostrup genbrugsstationer, og i forlængelse heraf det videre forløb”. Følgende fremgår:

” ...

Hermed referat af dagens møde.

...

På mødet blev der taget udgangspunkt i udfyldte rapporter fra evalueringen af skilteforsøg på Ballerup og Glostrup genbrugsstationer. Begge rapporter er vedhæftet mailen. Helt grundlæggende er skiltetesten forløbet med et meget positivt testresultat, idet der kun var ganske få bemærkninger. Disse bemærkninger fremgår af besøgsrapporterne.

Et par erfaringer/observationer der helt konkret blev gjort var følgende:

- Der er blevet konstateret en smule overfladerust/misfarvning på dele af koblingen.
- Det ser ud til at plastbøsning på skiltestang giver sig en smule over tid.

Ovennævnte observationer og SSC' egne observationer i øvrigt har resulterede i at SSC forslår følgende opgraderinger:

- Hele skiltekoblingen inklusiv bundleje i skiltestangen forslås udarbejdet i rustfrit stål;
 - Fordele:
 - Ingen overfladebehandling (galvanisering/ eloxering) som slides af over tid.
 - Derfor, alt andet lige en mere holdbar løsning over tid.
 - Produktionsproces kan formentlig kortes af fordi hele koblingsdelen kan udføres i færre antal arbejdsgange. Dermed kan kvalitetssikringsforløbet i den samlede produktionsproces forenkles.
 - Rent visuelt en flottere overflade.
 - Konsekvenser der skal tages stilling til af Vestforbrænding:
 - Skiltekoblingen vil i det antal VF bestilte til Ballerup og Glostrup genbrugsstationer, være ca. 150 kr. dyre pr/ stk. Denne forskel minimeres ved bestilling af større antal.
 - Hele låsemekanismen (den øverste del af skiltekoblingen), kuglen i bunden af beslaget og bundfæstet i bunden af skiltestangen, er støbt i rustfrit stål, helt konkret hos en af SSC's samarbejdspartnere i Tyrkiet. Jf. SSC, så at det svært at finde producenter/støberier som støber i rustfrit stål, fordi det normalt ikke er noget man gør (efterspørgslen er meget lille). Alternativet er at producerer emnerne ved CNC-bearbejdning af et stykke rustfrit stål (altså ingen støbning). Det er der mange flere som kan/gør, men det er også en

væsentlig dyre metode, dels fordi CNC-maskineriet der skal anvendes er rigtig dyrt, dels fordi CNC-maskinens arbejdsproces er tidskrævende.

...

Skilte leveret til ARC's nye genbrugsstation i Sydhavnen efter følgende specifikationer:

- Hele koblingsdelen er produceret i rustfrit stål.
- Koblingsdelen boltes på containere i stedet for at blive svejst.”

Den 7. maj 2019 skrev Vestforbrænding til SSC:

”...

På vores møde i fredags den 3. maj lovede jeg jer en tilbagemeldinger på jeres forslag til justering af skiltekonceptet.

Vi har efterfølgende vendt forslagene internt i vores organisation, og tilbagemeldingerne er følgende:

Skiltekobling i rustfrit stål

Ja til at der stilles krav om at hele skiltekoblingen samt bundleje i skiltestang udføres i rustfrit stål, fuldstændig svarende til den kobling som i praksis er rullet ud på Sydhavnens genbrugsstation (ARC).

Bolting af kobling i stedet for svejsning

Betinget ja til bolting i stedet for svejsning. Betinget ja fordi vi er i tvivl om, om det i praksis kan lade sig gøre. Måske vil der være behov for en løsning hvor der bliver svejst et beslag på containeren, som koblingen så kan boltes fast på. Vi tror at det måske bliver nødvendigt med den metode, da vi er helt ude på containerrammen på rigtig mange containere ...”

Af en efterfølgende intern korrespondance af 13. maj 2019 i Vestforbrænding fremgår:

”...

Jeg har sagt ok til at SSC hurtigt laver en skiltedummy til os med følgende modifikationer:

- 1 mm plader i stedet for 0,8 mm plader på skiltesiderne:
 - 1 mm plader er billigere i indkøb
 - 0,8 mm plader er måske på vej ud af markedet (meget lille efterspørgsel)
 - I det oplæg som blev omdelt til os da vi havde vores møde med Bent og Frederik var angivet en vægtforøgelse på 1

kg, fra 7,5 kg til 8,5 kg. I praksis er der tale om en forøgelse på ca. 0,7 kg. Frederik har blot lagt lidt ”sikkerhed” ind.

- Endnu mere stabil skiltekaske
- Nitning af skiltekaske med undersænkede nitter, og så kun suppleret med begrænset limning
 - Endnu mere stabil skiltekaske (Det er jo også den erfaring vi har gjort os med nitning af skiltekasser fra BN Skilte)
 - Det tager ca. den halve tid at samle en skiltekaske (økonomi)

Jeg regner med at høre senere i dag hvornår skiltedummyen er på plads.
...”

Af udbudsbekendtgørelsen af 2. august 2019 fremgår blandt andet:

”II.1.6) Oplysninger om delkontrakter
Kontrakten er opdelt i delkontrakter: ja
Der kan afgives bud på alle delaftaler
...”

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Udbuddet vedrører levering af skilte til genbrugsstationer. Vestforbrænding forsyner genbrugsstationer i Vestforbrændings ejerkommuner med skilte (Albertslund, Ballerup, Brøndby, Egedal, Frederikssund, Furesø, Gentofte, Gladsaxe, Glostrup, Gribskov, Halsnæs, Herlev, Hillerød, Høje-Taastrup, Ishøj, Lyngby-Taarbæk, Rødovre Kommuner). Konkret leveres stort set al skiltning til genbrugsstationerne, fx skilte til opmærkning af containere mm. (affaldsfraktionskilte), så brugerne bliver vejledt i at sortere affaldet over i de korrekte containere/holdere, velkomst- og oversigtstavler og husskilte i øvrigt.”

Udbuddet var opdelt i ”Delaftale 1” og ”Delaftale 2”. Delaftale 1 vedrører ”Koblinger og bundfæste”, mens delaftale 2 vedrører ”Skilte og øvrigt skilteudstyr”.

Af udbudsbetingelserne fremgår blandt andet:

”I vurderingen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud indgår følgende underkriterium og vægtning:

Underkriterium	Vægt
Pris	100%

...

5.5.1. Pris

Tildelingen af rammeaftalen vil ske ved anvendelse af tildelingskriteriet ”Det økonomisk mest fordelagtige tilbud - Pris”. Vurderingen af de modtagne tilbud vil udelukkende blive foretaget med afsæt i prisen ved en simpel sammenlægning af tilbudspriserne, jf. Bilag 3A og 3B - Tilbudsliste.”

Der blev den 14. august 2019 afholdt besigtigelse på Ballerup Genbrugsstation, hvor potentielle tilbudsgivere fik lejlighed til at besigtige prototyper af skilte og udstyr omfattet af udbuddet. Der var herudover mulighed for at stille spørgsmål. Af referatet fra besigtigelsen fremgår blandt andet:

”3) Er det OK at bore/foreslå at bore huller i bunden af ”Lukket”-skilte for at sikre, at regnvand kan løbe ud af skiltet?

Svar: Nej, vi holder fast i det på tegningerne fastlagte design, jf. bilag 2.1-14

4) Kan vi komme til at se nogle gamle/eksisterende løsninger for at se, hvordan de er monteret, og kunne planlægge afmontering?

Svar: Ja, de eksisterende løsninger kan i almindelig åbningstid ses på følgende genbrugsstationer: Albertslund, Brøndby, Farum, Frederiks-sund, Gladsaxe, Højelt, Skærød, Herlev, Hundested, Høje-Taastrup, Ishøj, Jægerspris, Ledøje-Smørum, Lyngby-Taarbæk, Rødovre, Skibby og Stenløse.

...

7) Hvilken pladetykkelse er der i fronten på containerne/komprimatorerne?

Svar: Containerne/komprimatorerne har forskellig pladetykkelse afhængig af type/konstruktion/fabrikat. Langt de fleste 30/36m³, som er den container type, der skal monteres flest containermonterede skilte på, har 5 mm plade i front. Der kan opleves tykkelser på mellem 3 og 6 mm. Hvis man kommer tættere end 70 mm fra hjørnet af containeren, vil der udover pladen være en UNP-16.”

Af uddrag af korrespondance mellem Vesforbrænding og SSC fremgår, at Vestforbrænding henholdsvis den 22. og 27. august 2019 sendte flere tekniske spørgsmål til SSC, som var opstået under udbuddet vedrørende

beskrivelse af nylon, som skulle sidde mellem en skiltekobling og en container samt ændring af formatet på tegninger i udbudsmaterialet.

Det fremgår, at Vestforbrænding den 30. august 2019 sendte yderligere tekniske spørgsmål til SSC. Svaret fra SSC af 2. september 2019 fremgår med kursiv:

”...

Som du sikkert har fornemmet, så snerper det til med at få svaret på de sidste spørgsmål inden fristen for svar udløber på mandag kl. 15. Så der er meget brug for din hjælp til at få svaret på disse spørgsmål. Som sagt så er I ansvarlige for, at designet holder, og derfor har vi brug for jeres svar. Dem der vinder udbuddet er ansvarlige for at have fulgt anvisningerne i udbudsmaterialet.

Vi har følgende udeståender på nuværende tidspunkt:

1. På baggrund af de svar på stålqualiteter og svejsninger du har sendt mig, har jeg lavet vedhæftede skema med krav til stålqualiteter og svejsninger. Du bedes kigge det igennem og se at du er enig. Der er desuden gule felter, hvor jeg ikke ved hvad der skal stå i forhold til svejsninger. Her har jeg brug for input fra dig. *Ses i vedlagt fil.*
2. Vi mangler stadig svar på godstykkelsen på de to fladjern, som skiltekoblingen skal monteres på, på parkeringsstanderen (Tegning bilag 2.14) *8mm.*
3. Vi mangler også stadig .stp filerne på de skilteelementer, der er blevet tegnet hos en ekstern. Kan de nå frem til mandag mellem kl. 12 og 15? *Jeg har fået dem og går i gang med at formater dem om til step.*

Der er desuden indløbet nye spørgsmål:

4. Til bilag 2.14 Parkeringsstander:
 - 4.A Specifikation af overfladebehandling mangler: a) vådlak/pulverlak? b) lagtykkelse c) holdbarhed
 - 4.B Tegning inkl. tolerancer af monteringsbeslag for skiltekoblinger mangler (nogenlunde samme spørgsmål som spørgsmål 2) *Det er vil jeg sige er op til jer, man kunne bruge de samme krav som i har til jeres containere?*
5. Til bilag 2.6, 2.7, 2.8 (det er de 3 varianter af skiltestænger med top)
 - 5.A Specifikation af overfladebehandling mangler: a) vådlak/pulverlak? b) lagtykkelse c) holdbarhed *Ring til mig omkring den her.*

5.B Generel usikkerhed vedr. tolerancer på tegninger. Nogle mål er angivet med 1/100 mm nøjagtighed, andre er angivet i hele mm. Hvordan skal disse mål tolkes? *+0,2 som er dansk standart.*

...”

Den 2. september 2019 sendte SSC en fil på skiltekobling og specifikationer på skiltepladen.

Den 4. september 2019 stillede Vestforbrænding SSC følgende spørgsmål:

”...

Når man læser om rustfrit stål, så omtales 316 med et ”L” altså AISI 316L. Er det vi skal oplyse i udbuddet AISI 316 eller AISI 316L i forholdt til skiltekobling og bolte?

...”

Den 5. september 2019 svarede SSC således:

”...

I skal beskriver det som 316 som også hedder EN 1.4401.

...”

Samme dag skrev Vestforbrænding til SSC:

”...

Har du hørt fra skiltemanden i forhold til AISI 304? Vores udbudsafdeling skal sende meddelelsen om forlængelsen, og de nye oplysninger ud inden kl. 14 i dag.

...”

Senere samme dag svarede SSC:

”...

Ja det er 304 og jeg har også en god forklaring på hvorfor skiltelåsen er 316 og ikke 304.

Det skyldes at skiltelåsen kommer ude og køre på vejen hvor den kan få salt og andet der er kan være hårdt ved en ikke 316.

...”

Af en intern korrespondance i Vestforbrænding fremgår, at der blev stillet yderligere spørgsmål til udbudsmaterialet, som Vestforbrænding selv besvarede.

Den 24. september 2019 besluttede Vestforbrænding at tildele kontrakten vedrørende delaftale 1 og 2 til SSC. Af tildelingsbeslutningen fremgår blandt andet:

”Evaluering

Rammeaftalen er tildelt den tilbudsgiver, der har afgivet det for Vestforbrænding økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra tildelingskriteriet ”Det økonomisk mest fordelagtige tilbud - Pris”

2 tilbudsgivere har afgivet konditionsmæssige tilbud på:
Delaftale 1:

Tilbudsgiver:	Samlet pris:
SSC ApS	1.595.834,00
JSK Container A/S	2.826.780,00

3 tilbudsgivere har afgivet konditionsmæssige tilbud på:
Delaftale 2:

Tilbudsgiver:	Samlet pris:
SSC ApS	3.318.405,00
JSK Container A/S	4.187.685,00
BN Skilte A/S	6.452.675,00

Som det ses af ovenstående er jeres samlede tilbudte pris den økonomisk næstmest fordelagtige på både Delaftale 1 og 2.”

Parternes anbringender:

Ad Vestforbrændings afvisningspåstand

Vestforbrænding har med henvisning til klagenævnslovens § 6, stk. 2, gjort gældende, at JSK's påstande er uegnede til at danne grundlag for sagens behandling. Påstandene er uklare og indeholder ikke en tilstrækkelig beskrivelse af de overtrædelser, som Vestforbrænding efter JSK's opfattelse har gjort sig skyldig i.

JSK har gjort gældende, at klageskriftets påstande er klare og i overensstemmelse med klagenævnets vejledning herom.

Ad påstand 1

JSK har gjort gældende, at Vestforbrænding har overtrådt principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet ved forud for udbuddet at lade SSC udrulle skilte til to genbrugsstationer, idet SSC herved har haft mulighed for at drage fordel af dette i deres tilbudsgivning.

JSK har nærmere gjort gældende, at SSC's rolle som designer og rådgiver har medført, at selskabet har haft adgang til al udbudsmaterialet længe inden de øvrige tilbudsgivere.

Overtrædelsen understøttes af den store prisforskel, som fremgår af de indkomne tilbud. SSC har både kunnet produktudvikle og produktionsoptimere inden udbuddet blev offentliggjort, hvilket har begrænset konkurrencen.

Vestforbrænding har ved ikke at identificere SSC's rolle og forspring i forhold til de øvrige tilbudsgivere ikke truffet de nødvendige foranstaltninger til at identificere, forebygge og afhjælpe interessekonflikter i forbindelse med gennemførelsen af udbuddet.

Vestforbrænding har bestridt at have overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og bestridt, at SSC har opnået en konkurrencefordel ved forud for udbuddet at have indgået en aftale med Vestforbrænding om udvikling og test af dele af det skiltesystem, som skulle i udbud, samt bestridt at SSC har haft adgang til udbudsmaterialet forud for offentliggørelsen af materialet.

Vestforbrænding har ikke involveret SSC i udarbejdelse af udbudsmaterialet eller givet SSC adgang til at se eller kommentere udbudsmaterialet forud for offentliggørelsen af materialet. Vestforbrænding har til støtte herfor henvist til udviklingsaftalen indgået med SSC, hvoraf fremgår, at samarbejdet alene angik udvikling af et skiltesystem.

Vestforbrænding har selv udarbejdet udbudsmaterialet, herunder de tekniske beskrivelser af de typer af skilte, som ikke var omfattet af udviklingsaftalen. SSC har alene udarbejdet dokumentationen af de dele af skiltesystemet, der har været omfattet af udviklingsaftalen, og dokumentation af dette fremgår af udbudsmaterialet.

Det forhold, at Vestforbrænding og SSC som en del af arbejdet med udviklingen af skiltesystemet har foretaget tests på to genbrugsstationer, udgør ikke i sig selv en overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Heller ikke andelen af de udviklede produkter eller antallet af genbrugsstationer, der er foretaget tests på, er afgørende for, om der er sket en overtrædelse.

Da Vestforbrænding blev gjort opmærksom på, at der manglede visse oplysninger i forhold til de oplysninger, der oprindeligt blev offentliggjort, blev de manglende oplysninger meddelt, og tilbudsfristen blev forlænget med 14 dage. Ingen af tilbudsgiverne bad om en yderligere fristforlængelse. Tilbudsgiverne har således haft tilstrækkelig tid til at kunne afgive tilbud på lige vilkår.

Det forhold, at SSC har tilbudt lavere priser end JSK, er ikke ensbetydende med, at SSC har haft en utilbørlig konkurrencefordel. Der kan være mange faktorer, der kan forklare prisforskellene, som eksempelvis valg af fremstillingsmetode, om virksomhederne har deres eget produktionsapparat eller er afhængige af underleverandører, om produktionen finder sted i andre lande med lavere omkostninger, indtjeningsforventninger, størrelsen af profitmargin og overhead omkostninger.

SSC opnåede gennem udviklingsarbejdet med skiltesystemet viden om dele af udbuddets genstand. Denne konkurrencefordel blev udlignet i forbindelse med Vestforbrændings offentliggørelse af alle tegninger og øvrig dokumentation.

Ad påstand 2

JSK har gjort gældende, at Vestforbrænding ikke har kunnet udligne den forskel, det har medført, at SSC ikke kun har haft mulighed for at rådgive, men også har haft mulighed for at fremstille konceptet i fuldskala på to genbrugsstationer, inden udbuddet blev offentligt. SSC burde derfor have været udelukket fra at afgive tilbud.

Vestforbrænding har bestridt, at SSC's design/tegninger danner grundlag for udbuddet, og at Vestforbrænding var berettiget eller forpligtet til at udelukke

SSC fra udbuddet. Dertil kommer, at Vestforbrændings forudgående samarbejde med SSC var af relativt ubetydeligt omfang.

Designet er udviklet i et samarbejde mellem Vestforbrænding og SSC for at sikre, at der blev designet et skiltesystem, som kunne leve op til Vestforbrændings behov i forhold til blandt andet arbejdsmiljø, holdbarhed, vedligeholdelse og økonomi. Dette understøttes af den udviklingsaftale, der er indgået mellem Vestforbrænding og SSC, uddrag af den korrespondance, der har været mellem Vestforbrænding og SSC vedrørende udviklingsarbejdet, uddrag af notater og korrespondance, der afspejler de interne overvejelser, der har været i Vestforbrænding, og af udviklingsaftalens punkt 2.1.

SSC har leveret tegninger til brug for udbudsmaterialet. Tegningerne, som SSC har leveret, angår imidlertid ikke hele det udbudte skiltesystem, idet udviklingsaftalen med SSC kun har angået dele af det skiltesystem, der har været omfattet af udbuddet. Da de tegninger, som SSC har leveret, fremgår af udbudsmaterialet, har det ikke givet SSC en konkurrencefordel. SSC har ikke været involveret i udviklingen af velkomstskilt, oversigtsskilt, henvisningsskilt, haveaffaldsskilt, husskilt, tøndeskilt og skilte til pallerammer, bure og lignende. Disse skilte er blevet kravspecificeret ud fra de eksisterende skilte og Vestforbrændings behov.

Alle tilbudsgiverne havde lige vilkår ved tilbudsafgivelsen, idet det var et krav fra Vestforbrænding, at SSC leverede fuld dokumentation af designet.

Vestforbrænding stillede forskellige krav til SSC ifølge det interne notat af 18. april 2018, og derudover følger det af punkt 2.1 i udviklingsaftalen, at designmanualen, der "beskriver de designmæssige løsninger, der er opnået i løbet af kontraktens løbetid", skulle danne grundlag for et offentligt udbud på fremstilling af produktet. SSC var ifølge aftalen berettiget til at deltage i udbuddet på lige fod med andre producenter.

Vurderingen af, hvorvidt SSC burde have været udelukket som følge af et forudgående samarbejde med Vestforbrænding, beror på en konkret vurdering og afvejning af hensynene bag ligebehandlingsprincippet, proportionalitetsprincippet og hensynet til konkurrencesituationen. Der er et hensyn til de tilbudsgivere, som ikke har haft et forudgående samarbejde med ordregiveren. På den anden side vil det være en forskelsbehandling af

rådgiveren, hvis denne udelukkes fra at deltage i en konkurrence som følge af et uvæsentligt forudgående samarbejde med ordregiveren i forhold til den udbudte kontrakt. Samtidig ville det også være en overtrædelse af proportionalitetsprincippet i forhold til rådgiveren, hvis en konkurrence på lige vilkår kan sikres ved mindre indgribende foranstaltninger end udelukkelse. Det følger således også af udbudslovens § 39, stk. 3, og § 136, nr. 2, at ordregiver kun kan udelukke en leverandør i det tilfælde, at en konkurrencefordel ikke kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger.

Ordregivere har et betydeligt skøn i forhold til vurderingen af, om en rådgiver, der har været involveret forud for et udbud, skal udelukkes fra konkurrencen, jf. herved blandt andet klagenævnets kendelse af 31. maj 2010, Danske Arkitektvirksomheder mod Udenrigsministeriet. På baggrund af det ovenfor anførte har Vestforbrænding konkluderet, at der ikke var grundlag for at udelukke SSC fra at afgive tilbud.

Ad påstand 3

JSK har overordnet gjort gældende, at Vestforbrænding har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, og at Vestforbrænding har fordrejet konkurrencen ved, at SSC forud for udbuddet fremstillede prototyper til brug for de øvrige tilbudsgiveres besigtigelse under udbuddet. Dertil kommer, at SSC udfærdigede en komplet udrukning af skilte til to genbrugsstationer. JSK har henvist til korrespondancen af 3. maj 2019 mellem Vestforbrænding og SSC, hvoraf det fremgår, at det ikke drejede sig om en prototype, men at det var et færdigt koncept, som SSC tidligere havde leveret til ARC's nye genbrugsstation i Sydhavnen.

Den konkurrencefordel, som SSC har opnået herved, har Vestforbrænding ikke kunnet eliminere.

Vestforbrænding har bestridt, at SSC har opnået en konkurrencefordel ved, at Vestforbrænding har ladet prototyper af skilte og skilteudstyr produceret af SSC indgå i en besigtigelse, som har været åben for alle tilbudsgivere, og ved at have deltaget i tests på to genbrugsstationer.

Vestforbrænding har af de grunde, som er anført ad påstand 2, endvidere bestridt, at der er tale om SSC's design og produkt.

Det er forkert, når JSK anfører, at SSC har været en del af projektet fra start til slut. SSC har kun været inddraget i udviklingen af dele af skiltesystemet forud for udbudsprocessen samt under udbudsprocessen besvaret tekniske spørgsmål, som Vestforbrænding ikke selv kunne svare på.

Udviklingsaftalen omfattede de dele af skiltesystemet, som Vestforbrænding havde haft problemer med, det vil sige skilte på container, skilte på betonfod, skilte på betonbygværk, opbevaringsløsning og et "lukket"-skilt. De øvrige skilte, herunder "velkomst"-skilt, oversigtsskilt, henvisningsskilt, have-affaldsskilt, husskilt, tøndeskilt og skilte til pallerammer, bure og lignende, var ikke omfattet af udviklingsaftalen.

SSC var ikke involveret i udarbejdelsen af udbudsmaterialet og havde ikke adgang til at se materialet forud for offentliggørelsen.

Processen vedrørende fremstilling af skilte krævede ikke særlig viden eller andre særlige forudsætninger. Ethvert almindeligt skiltefirma eller smedefirma vil kunne producere skilte og udstyr ud fra det design, som Vestforbrænding har angivet i kravspecifikationerne. Derudover var der i udbudsmaterialet ikke krav om en bestemt fremstillingsproces.

Vestforbrænding har fremlagt fotos af de skilte, der tidligere har været anvendt, og af de skilte, som SSC lod fremstille og opsatte på to genbrugsstationer. Vestforbrænding har gjort gældende, at tilbudsgiverne efter en besigtigelse uden problemer kunne fremstille skilte af den ønskede type.

Vedrørende materialevalget indeholdt designet ikke krav til materialer, som ikke er sædvanlige på markedet. Der blev i kravspecifikationerne kun stillet krav om materialer, som er almindeligt anskaffelige eller som er "hyldevarer".

JSK deltog ikke i besigtigelsen, og fem ud af de 13 spørgsmål, der blev stillet efter besigtigelsen, blev stillet af JSK. JSK har ved ikke at deltage i besigtigelsen afskåret sig selv fra at opnå en bedre viden om kontraktgenstanden, hvilket ikke kan være Vestforbrændings risiko, jf. herved også

klagenævnets kendelse af 18. marts 1999, Seghers Better Technology Group mod I/S Amagerforbrændingen.

Ad påstand 4

JSK har overordnet gjort gældende, at Vestforbrænding har anvendt SSC som rådgiver under udbuddet i forbindelse med de øvrige tilbudsgiveres tekniske spørgsmål. Det udgør i sig selv en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

JSK har i denne forbindelse henvist til korrespondancen af 4. og 5. september 2019 mellem Vestforbrænding og SSC, hvor der er blevet spurgt ind til stålqualiteten, hvortil SSC svarede, at stålet skulle være AISI 316 og ikke AISI 304, selvom der på alle tegninger i udbudsmaterialet er anvendt ”stainless steel”.

Vestforbrænding har bestridt, at SSC har besvaret alle tilbudsgivernes tekniske spørgsmål.

Vestforbrænding har af de grunde, som er anført ad påstand 2, endvidere bestridt, at der er tale om SSC's design og produkt. Vestforbrænding rettede under udbuddet kun visse spørgsmål af teknisk karakter til SSC. Det har imidlertid ikke ændret på konkurrencesituationen i en negativ retning, dels fordi det har sikret, at tilbudsgiverne fik de nødvendige oplysninger, dels fordi Vestforbrænding sørgede for at forlænge tilbudsfristen af to omgange for at give tilbudsgiverne lige mulighed for at afgive tilbud.

De fleste af spørgsmålene fra JSK blev stillet på et meget sent tidspunkt i udbudsprocessen, hvor Vestforbrænding kunne have afskåret tilbudsgiverne fra at stille yderligere spørgsmål. For at sikre, at tilbudsgiverne fik alle nødvendige oplysninger, og for at sikre den bedste konkurrencesituation, besluttede Vestforbrænding imidlertid at udskyde tilbudsfristen og besvare de stillede spørgsmål.

Klagenævnet udtaler:

Ad afvisningspåstanden

En klage kan i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, afvises, hvis klagen er uegnet til at danne grundlag for klagesagens behandling, f.eks. hvis klagens påstande er uklare eller upræcise.

JSK har beskrevet, hvilke paragraffer og principper JSK mener, Vestforbrænding har overtrådt, og har dertil anført en beskrivelse af de påståede overtrædelser, som JSK ønsker klagenævnets stillingtagen til. Klagen er på denne baggrund tilstrækkeligt klar til at danne grundlag for sagens behandling. JSK har anført anbringender til støtte for annullation af Vestforbrændings beslutning om at tildele kontrakten til SSC, herunder ”at udbuddet derfor må gå om”, hvorfor klagenævnet også kan tage stilling til spørgsmålet om annullation.

Den indgivne klage er som følge heraf egnet til at danne grundlag for sagens behandling. Klagenævnet tager derfor ikke Vestforbrændings påstand om afvisning til følge.

Ad påstand 1-3

På baggrund af udviklingsaftalen skulle SSC og Vestforbrænding i fællesskab udarbejde en designmanual for et system til skiltning på de genbrugsstationer, som hører under Vestforbrænding. Designmanualen skulle beskrive de løsninger, der i kontraktens løbetid blev opnået, og som kunne danne grundlag for et offentligt udbud vedrørende fremstilling af ”produktet”, som var en del af det samlede udbud.

Udviklingsaftalen omfattede ifølge aftalegrundlaget de dele af skiltesystemet, som Vestforbrænding havde haft problemer med, og som omhandlede skilt på container, skilt på betonfod, skilt på betonbygværk, opbevaringsløsning og ”lukket”-skilt.

Vestforbrændings krav til SSC var, at alle færdige løsninger skulle dokumenteres med produktionstegninger og materialespecifikationer, og at Vestforbrænding skulle have produktionstegninger og materialespecifikationer på alle eksisterende løsninger. Disse produktionstegninger og materialespecifikationer skulle Vestforbrænding bruge til udarbejdelse af kravspecifikationerne i udbuddet.

Den udbudte opgave var opdelt i to delaftaler, delaftale 1 Koblinger og bundfæste og delaftale 2 Skilte og øvrigt udstyr, og for hver delaftale var der udarbejdet en kravspecifikation.

Vestforbrænding har i udbudsmaterialet inddraget de tegninger og den øvrige dokumentation, som SSC har været med til at udvikle i henhold til udviklingsaftalen. Udarbejdelsen af udbudsmaterialet er foregået internt i Vestforbrænding, og SSC har ikke deltaget i denne proces.

Under udbudsprocessen var det muligt for tilbudsgiverne at besigtige skilte, skilteudstyr og koblinger omfattet af udbuddet, og der var mulighed for at stille spørgsmål vedrørende produkterne.

Af bemærkningerne til udbudslovens § 4 fremgår blandt andet, at bestemmelsen er indført med henblik på at undgå konkurrenceforvridning og for at sikre ligebehandling af alle økonomiske aktører. Ordregiveren skal træffe passende foranstaltninger til at identificere, forebygge og afhjælpe interessekonflikter i forbindelse med gennemførelsen af et udbud for at sikre, at ingen økonomiske aktører favoriseres.

Udbudslovens § 4 skal ses i sammenhæng med udbudslovens § 39, stk. 2, hvorefter ordregiveren, hvor denne forud for udbuddet har involveret en potentiel tilbudsgiver i forberedelsen af udbudsproceduren, skal træffe passende foranstaltninger for at undgå, at konkurrencen ikke fordrejes af den pågældende økonomiske aktørs deltagelse i udbuddet.

Efter lovens § 39, stk. 2, nr. 1 og 2, skal en ordregiver som minimum blandt andet sikre, at relevante oplysninger, der er udvekslet i forbindelse med den økonomiske aktørs involvering i udbudsproceduren, indgår i udbudsmaterialet, og fastsætte tidsfristerne for modtagelse af tilbud, så de udligner den tidsmæssige fordel, som en økonomisk aktør kan have opnået ved involvering i forberedelsen af udbuddet. Det fremgår endvidere af bemærkningerne til udbudslovens § 39, stk. 2, nr. 1, at det kun er, hvor det er relevant, at ordregiveren skal videregive oplysninger. Bestemmelsen har til formål at sikre, at tilbudsgivere har adgang til samme information til brug for udarbejdelse af tilbud og dermed undgå, at konkurrencen fordrejes.

Involvering af en økonomisk aktør forud for udbuddet er således ikke i sig selv i strid med de udbudsretlige principper, så længe den økonomiske aktør

ikke får en konkurrencefordel i forhold til andre tilbudsgivere i forbindelse med den ydede rådgivning.

Der er efter det dokumenterede om parternes samarbejde ikke grundlag for at fastslå, at Vestforbrænding har givet SSC uretmæssige konkurrencefordele, hvorved SSC har kunnet udarbejde priser eller tilbudsgrundlag, længe før udbuddet blev offentliggjort, idet SSC ikke har deltaget i udarbejdelsen af udbudsmaterialet og dermed ikke har haft kendskab til det endelige udbudsmateriale før offentliggørelsen af dette.

Vestforbrænding har endvidere i udbudsmaterialet inddraget det materiale, som SSC udarbejdede i forbindelse med udviklingsaftalen, og i forbindelse med udbudsrunderen afholdt en besigtigelse, hvor tilbudsgiverne kunne stille spørgsmål, ligesom tilbudsfristen blev udsat. Tilbudsgiverne har derfor haft samme informationer og lige vilkår til brug for udarbejdelse af deres tilbud.

Det er herefter godtgjort, at Vestforbrænding traf passende foranstaltninger for at undgå, at konkurrencen blev fordrejet. Vestforbrænding har derfor ikke handlet i strid med udbudslovens §§ 2, 4 eller 39, stk. 2. Vestforbrænding skulle derfor ikke udelukke SSC fra deltagelse i udbuddet, jf. udbudsloven § 136, nr. 2.

Påstand 1-3 tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 4

I forbindelse med svar på spørgsmål under udbudsrunderen har Vestforbrænding for visse tekniske spørgsmål rettet henvendelse til SSC for at få hjælp til besvarelse. Vestforbrænding har efterfølgende forlænget tilbudsfristen for at give tilbudsgiverne lige mulighed for at afgive tilbud.

Vestforbrænding har ved henvendelse til SSC indhentet den fornødne viden til besvarelse af disse tekniske spørgsmål, således at alle tilbudsgivere var sikret samme information, og har dertil forlænget tilbudsfristen. Vestforbrænding har således heller ikke i denne forbindelse overtrådt udbudslovens § 2.

Påstand 4 tages derfor ikke til følge.

Idet påstand 1-4 ikke tages til følge, er der heller ikke grundlag for at annullere tildelingen af kontrakten til SSC.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent