

23. januar 1996

K E N D E L S E

H.C. Svendsen A/S
(Advokat Anders Worsøe)

mod

Birkerød Kommune
(Advokat René Offersen)

Under denne sag har klager, H.C. Svendsen A/S (H.C. Svendsen) nedlagt følgende påstand:

Indklagede pålægges at afbryde igangværende kontraktsforhandlinger med Piil Johannesen Vognmandsforretning Aps vedrørende færdiggørelsen af gennemført udbud af tjenesteydelsesleverance af indsamling af dagrenovation og storskrald i Birkerød kommune, ligesom indklagede herefter pålægges at lovliggøre førnævnte igangværende udbudsforretning.

Den indklagede kommune har nedlagt påstand om frifindelse og har påstået H.C. Svendsen tilpligtet at anerkende, at kommunens skønsmæssige vurdering af, at det af Vognmandsforretningen Piil Johannesen Aps afgivne tilbud er økonomisk mere fordelagtigt end det af klager afgivne tilbud, er lovlig.

Sagens omstændigheder går i hovedtræk ud på:

I august 1995 udbød Birkerød kommune i EU-udbud opgaverne med udførelse af dagrenovation og indsamling af storskrald i kommunen fra 1. januar 1996. I udbudet blev bl.a. anført, at følgende tildelingskriterier ville blive lagt til grund: 1. pris, 2. kvalitet, 3. leveringssikkerhed. Det anførtes yderligere, at kriterierne ikke var anført i prioriteret rækkefølge, og at udvælgelsen ville ske ud fra en helhedsvurdering.

Bl.a. H.C. Svendsen afgav tilbud i henhold hertil.

De indkomne tilbud blev åbnet af kommunen i begyndelsen af oktober 1995, og det konstateredes herved, at H.C. Svendsens tilbud var det billigste, idet det lød på 3.183.140 kr. pr. år. Næstbilligste tilbud blev afgivet af Piil Johannesen Aps (Piil Johannesen), hvis tilbud lød på 3.212.408 kr. pr. år.

Senere samme måned spurgte kommunen telefonisk H.C. Svendsen, om man ville være villig til at frafalde indsamlingen af storskrald med henblik på, at entreprisen vedrørende storskrald kunne gå til en særskilt entreprenør. H.C. Svendsen afviste imidlertid dette.

På et tidspunkt i oktober 1995 foretog kommunens tekniske forvaltning en vurdering af de indkomne tilbud og vurderede herunder tilbudet fra H.C. Svendsen som det prismæssigt mest fordelagtige. Kommunens tekniske forvaltning indstillede herefter, at der indledtes kontraktsforhandlinger med H.C. Svendsen.

Den 30. oktober 1995 vedtog kommunens miljø- og teknikudvalg imidlertid at indlede kontraktsforhandlinger med Piil Johannesen.

På H.C. Svendsens foranledning blev der den 9. november 1995 holdt et møde om sagen mellem repræsentanter for H.C. Svendsen og repræsentanter for kommunen.

Da dette møde ikke mandede ud i en ændring af kommunens beslutning om at indlede kontraktsforhandlinger med Piil Johannesen, indbragte H.C. Svendsens advokat sagen for klagenævnet ved klageskrift af 14. november 1995.

Som følge af klagen til klagenævnet blev sagen behandlet på ny i kommunens miljø- og teknikudvalg bl.a. i et møde den 27. november 1995. I referatet fra dette møde anføres:

»...Udvalget vedtog at fastholde beslutningen truffet på mødet den 30. oktober 1995, idet man - blandt de 3 lavestbydende - fortsat vurderer tilbudet fra Piil Johannesen Aps som mest fordelagtigt. Jf. begrundelserne fremført på mødet den 30. oktober 1995 lægges der herved særlig vægt på

- referencen fra Fredensborg-Humlebæk Kommune, der størrelses- og boligfordelingsmæssigt ligner Birkerød meget, og hvor samarbejdet efter kommunens udsagn er forløbet tilfredsstillende siden 1982,
- at de i virksomheden beskæftigede renovationsarbejder har mellem 3 og 8 års anciennitet, hvilket tyder på, at der i virksomheden er et godt arbejdsklima, som må formodes at afspejle sig i såvel ydelsens kvalitet som leveringssikkerheden, og
- at der er tale om en mindre virksomhed, hvor Birkerød kommune vil blive en central kunde og dermed må kunne forvente særlig opmærksomhed.

Udvalget finder, at lokalkendskab kan være en fordel i indkøringsperioden, men tillægger det ikke betydning for opgavens udførelse i øvrigt. ...

«

Sagen har været mundtligt forhandlet for klagenævnet den 6. december 1995. Som følge af sagens hastende karakter orienterede klagenævnet senere samme dag pr. telefax parternes advokater om præmisser og konklusion i klagenavnets kendelse, således som de er udtrykt nedenfor. Dette var imidlertid blot en forhåndsorientering, og det er nærværende kendelse, der er klagenavnets afgørelse i sagen. Fristen for indbringelse af afgørelsen for domstolene i medfør af klagenavnslovens § 5, stk. 4, løber derfor fra det tidspunkt, da nærværende kendelse er meddelt parterne.

Der er fremlagt et antal bilag.

Der er for klagenævnet afgivet forklaringer af Mads Frederiksen og Hans Frederiksen som repræsentanter for H.C. Svendsen samt af Torben Kyed Knudsen, Ingvar Villadsen, Ove C. Alminde og Anne Christiansen som repræsentanter for kommunen.

Mads Frederiksen forklarede: Han er den øverste dagligt ansvarlige for H.C. Svendsens drift og organisation. Efter åbningen af tilbudene fik man tilbudsgivernes pris oplyst. Mads Frederiksen havde derefter en række telefonsamtaler med Ingvar Villadsen, der er ansat i kommunen. Under en af samtalerne stillede Villadsen nogle spørgsmål om materiel og bad om referencepersoner i de andre kommuner, som H.C. Svendsen udfører renovationsopgaver for. Den tredje samtale fandt sted ved, at Villadsen ringede op og spurgte, om H.C. Svendsen ville acceptere en opdeling, således at den vognmand, som nu udfører renovationsarbejder for kommunen, beholdt storskraldet. Villadsen oplyste, at dette skyldtes et politisk ønske om at tilgodese den hidtidige vognmand. Efter overvejelse og drøftelse i huset meddelte Mads Frederiksen Villadsen, at H.C. Svendsen ikke kunne acceptere en sådan opdeling. Op mod 30. oktober ringede Mads Frederiksen til Villadsen og spurgte til sagen. Villadsen oplyste, at forvaltningen ville indstille H.C. Svendsen, men at dette selvfølgelig var uden garanti. Efter udvalgs mødet den 30. oktober ringede Villadsen til Mads Frederiksen og oplyste, at udvalget havde besluttet at indlede kontraktsforhandlinger med den næstbilligste tilbudsgiver. Villadsen oplyste, at udvalget havde lagt vægt på, at den næstbilligste havde lokal tilknytning, da hans virksomhed ligger tæt ved kommunens område, og at han havde en god reference fra Fredensborg-Humlebæk kommune. Desuden nævnte Villadsen, at den næstbilligste ville være billigst, hvis man besluttede sig til at gå over til papirsække. Mads Frederiksen sagde, at man så burde have udbudt entreprisen med papirsække i stedet for med plastsække som sket. Villadsen svarede, at der ikke var nogen beslutning om at gå over til papirsække. Efter at have drøftet sagen med Hans Frederiksen ringede Mads Frederiksen til Villadsen og spurgte, om Villadsen ville have indvendinger mod, at H.C. Svendsen sendte kommunen en telefax af nærmere angivet indhold. Villadsen svarede benægtende, hvorfor man sendte telefaxen. Ca. 10. november deltog Mads Frederiksen i et møde med udvalgsformanden, Ove C. Alminde, og forvaltningschefen som repræsentanter for kommunen. Kommunens repræsentanter erklærede sig under mødet enige i, at H.C. Svendsen var billigst. De udtalte videre, at udvalget havde foretaget en subjektiv vurdering, men at de, hvis de blev spurgt igen, ville sige, at der var tale om en objektiv vurdering. Forvaltningschefen sagde, at man havde lagt vægt på, at den anden vognmand var lokal, hvilket kunne være en fordel med hensyn til leveringssikkerhed. Mødet sluttede med, at udvalgsformanden fremsatte nogle belærende udtalelser om, at H.C. Svendsens fremfærd var usædvanlig, og at H.C. Svendsen nok ikke burde fortsætte sagen.

Hans Frederiksen forklarede: Han er bestyrelsesformand i H.C. Svendsen. Han deltog i det omtalte møde med udvalgsformanden og forvaltningschefen som repræsentanter for kommunen. Kommunens repræsentanter var generelt ikke meget for at fortælle om baggrunden for kommunens beslutning, men udvalgsformanden sagde, at der var tale om en subjektiv vurdering. Forvaltningschefen var inde på, at den anden vognmand var lokal, og at man derfor kunne vente en god service. Han sagde også, at man helst ville have beholdt den nuværende vognmand. Hans Frederiksen sagde, at H.C. Svendsen ikke brød sig om på denne måde at blive kasseret og at få et sort mærke.

Torben Kyed Knudsen forklarede: Han er chef for kommunens tekniske forvaltning. Han deltog i det omtalte møde, i hvilket der fra kommunens side også deltog udvalgsformanden. Man drøftede sagen bredt. Repræsentanterne for H.C. Svendsen var skuffede på baggrund af, at forvaltningen havde indstillet H.C. Svendsen. Kyed Knudsen mener ikke, at han sagde, at det valgte

vognmandsfirma er en lokal virksomhed med en bedre service. Han mener derimod, at han sagde, at man vel ikke helt kunne afvise, at en lokal virksomhed kan yde en bedre service i indkøringsperioden. Udvalget har ikke tillagt lokalkendskab den helt store betydning, men spørgsmålet har været kort omtalt under udvalgets drøftelser.

Ingvard Villadsen forklarede: Han er ansat i kommunen og har bl.a. at gøre med renovationsområdet. Han er civilingeniør. Han har været i kommunen i 3 1/2 år. Den nuværende renovatør har kørt for kommunen helt tilbage fra 1940'erne. Aftalen med ham udløber imidlertid, og der skulle iværksættes et EU-udbud. Villadsen udførte arbejdet i forbindelse hermed. Der indkom ca. 14 tilbud, og alle tilbudsgiverne var vist repræsenteret ved tilbudenens åbning. I forbindelse med åbningen oplæstes priser og forbehold. Villadsen skulle derefter udforme en indstilling til kommunens tekniske udvalg. Villadsen udfærdigede en vurderingsrapport, således som man skal gøre det efter EU-reglerne. På et tidspunkt ringede Villadsen til H.C. Svendsen for at stille nogle supplerende spørgsmål. Villadsen stillede bl.a. et spørgsmål om materiel og bad om oplysning om kontaktpersoner for H.C. Svendsens referencer og om en straffeattest. H.C. Svendsens referencer var generelt rimeligt gode. Der er måske et par minusser ved referencerne fra Hvidovre og Skælskør kommuner, men Villadsen mener, at de kan forklares. Villadsen udfærdigede derefter indstillingen. Det var ikke let, da fem af budene lå ganske tæt på hinanden prismæssigt. Villadsen mente dog alt i alt, at H.C. Svendsen var billigst, hvorfor vidnet indstillede H.C. Svendsen. Derefter havde Villadsen, som sædvanligt før udvalgs møder, et formøde med udvalgsformanden og forvaltningschefen. Villadsen gav udvalgsformanden sin indstilling. Udvalgsformanden pegede på, at man kunne opnå en besparelse ved at tage den billigste på dagrenovationsområdet og den billigste på storskraldsområdet, altså ved at dele entreprisen op. Villadsen sagde, at han ikke mente, at man kunne foretage en sådan opdeling. Villadsen brød sig ikke om tanken om en opdeling, men forvaltningschefen sagde efter formødet, at man var nødt til at undersøge det nærmere. Vidnet drøftede derefter spørgsmålet med sin afdelingsleder, og de blev enige om at drøfte det med den nuværende vognmand og med H.C. Svendsen. Villadsen drøftede derefter spørgsmålet med den nuværende vognmand, der erklærede sig interesseret. Derefter talte vidnet om spørgsmålet med Mads Frederiksen hos H.C. Svendsen, der spurgte, hvordan sagen lå. Villadsen sagde, at forvaltningen ville indstille H.C. Svendsen. Dagen efter ringede Mads Frederiksen og sagde, at H.C. Svendsen ikke ville være med til en opdeling. Villadsen havde i mellemtiden nærlæst udbudsreglerne og var nået frem til, at man ikke kunne opdele entreprisen. Under udvalgs mødet gennemgik Villadsen sin vurderingsrapport. Dagen efter udvalgs mødet ringede Villadsen til H.C. Svendsen. Der havde været flere telefoniske kontakter, og Villadsen syntes, at han skyldte H.C. Svendsen at forklare kommunens beslutning. Under samtalen søgte Villadsen også at forklare de begrundelser, som vidnet havde fået ud af udvalgs mødet. Det er vel stort set de begrundelser, der nævnes i H.C. Svendsens brev/telefax af 31. oktober, dvs. lokalkendskab, prisbillighed ved skift til papirsække og referencen fra Fredensborg-Humlebæk kommune. Villadsen har efter udvalgs beslutningen indhentet økonomiske oplysninger om Piil Johannesen. Banken står inde for ham. Det er ikke drøftet med Piil Johannesen, at den nuværende vognmand skal have storskraldsindsamlingen som underentreprise. Et forbehold i tilbudet fra H.C. Svendsen har ikke haft betydning. Forbeholdet går ud på, at H.C. Svendsen også tilbyder at levere sækkene. I udbudsmaterialet bad man om pris på papirsække. Prisen på papirsække er imidlertid ikke indgået i Villadsens vurdering, og Villadsen mener heller ikke, at den er indgået i udvalgets vurdering. Under udvalgs mødet den 30. oktober 1995 blev forvaltningen bedt om at omredigere sin indstilling i forhold til udvalgets beslutning. Dette er imidlertid ikke sket som følge af H.C. Svendsens efterfølgende breve og telefaxer m.m.

Ove C. Alminde forklarede: Han er formand for kommunens udvalg for teknik og miljø. Han er viceborgmester og har været borgmester. Ca. en uge før udvalgs møder har Alminde et formøde med forvaltningschefen. I formødet før udvalgs mødet den 30. oktober 1995 deltog forvaltningschefen og vist også Ingvard Villadsen. Alminde så den i sagen omhandlede tilbudsvurdering første gang på dette formøde. Alminde var ked af, at det ikke var den nuværende vognmand, der var den billigste tilbudsgiver. Man har haft denne vognmand, så længe Alminde kan huske, og der har aldrig været vrøvl med ham. Alminde kunne se, at der var forskellighed i priserne med hensyn til storskrald og almindelig renovation, og Alminde ville om muligt gerne give den nuværende vognmand storskraldet som en lille cadeau. Alminde bad derfor embedsmændene undersøge, om dagrenovationen og storskraldet kunne adskilles. Alminde drøftede ikke sagen i sin partigruppe, dvs. med det andet medlem af kommunalbestyrelsen fra samme parti. Før udvalgs mødet den 30. oktober 1995 talte Alminde med forvaltningschefen og konstaterede herunder, at entreprisen ikke kunne opdeles, hvilke Alminde tog til efterretning. Alminde havde før udvalgs mødet bestemt sig til at lægge sit bud på en nærmere angivet tilbudsgiver. De fem billigste tilbudsgivere stod næsten lige prismæssigt, og Alminde anså den pågældende tilbudsgiver for et godt og velrenommeret firma. Tilkendegivelserne fra de andre udvalgsmedlemmer under udvalgs mødet begyndte med, at et parti gik ind for at tage H.C. Svendsen som den billigste. Et medlem lod sin stillingtagen henstå. Et parti foreslog Piil Johannesen ud fra en helhedsbetragtning baseret på denne virksomheds størrelse og reference. Man angav, at Piil Johannesen ville passe godt til Birkerød kommune, og at man måske senere ville kunne trække på Piil Johannesens erfaringer med hensyn til separation af affald. Henvisningen til Piil Johanne sens størrelse sigtede til, at Piil Johannesen er en mindre virksomhed, og at der derfor nok ville være bedre balance mellem udbyder og tilbyder, end hvis man valgte en større virksomhed. Der blev også henvist til Piil Johannesens lokalkendskab, idet det blev anført, at en lokal virksomhed sikkert bedst kan lave hurtig udrykning i problemsituationer. Det andet medlem fra Almindes parti pegede også på Piil Johannesen. Alminde nævnede den tilbudsgiver, som han havde bestemt sig til at pege på, men de andre udvalgsmedlemmer ændrede ikke deres holdning. Alminde måtte nå en konklusion og foreslog så samling om Piil Johannesen, hvilket alle udvalgsmedlemmer tilsluttede sig. Alminde mener ikke, at der under dette forløb kom bemærkninger fra embedsmændene. Alminde deltog senere i et møde med repræsentanter for H.C. Svendsen. Alminde mener ikke, at der under dette møde blev talt om Piil Johannesens lokale tilknytning. Alminde oplyste, at der havde været en bred diskussion med forskellige indstillinger, at Alminde oprindelig havde peget på en bestemt tilbudsgiver, og at beslutningen om at indlede forhandlinger med Piil Johannesen var enstemmig. Alminde kan godt huske, at han bemærkede, at han selv er erhvervsdrivende, og at han ville have haft et andet reaktionsmønster end H.C. Svendsen, da man jo ikke kan vinde hver eneste licitation, og da der jo er en dag i morgen. Efter at H.C. Svendsen havde klaget til klagenævnet, indkaldte Alminde til et ekstraordinært udvalgs møde om sagen. Man besluttede at indhente en grundig juridisk vurdering. Som følge af sygdom deltog Alminde ikke i et tredje udvalgs møde om sagen, der blev holdt den 27. november. Efter Almindes opfattelse må der kunne udøves et samlet skøn over pris, kvalitet og leveringssikkerhed, og man kan ikke være bundet af forvaltningens indstilling. Der var efter Almindes opfattelse ikke egentlige politiske synspunkter i denne sag. Nogle udvalgsmedlemmer fra forskellige partier lagde som omtalt vægt på Piil Johannesens erfaringer med separation af affald. Alminde selv lagde vægt på at få en bred opbakning. Alminde mener, at nogle supplerende oplysninger om Piil Johannesen, der nævnes i referatet af et udvalgs møde den 21. november, er en straffeattest. Under udvalgs mødet den 30. oktober bad man forvaltningen om at tilpasse sin indstilling til udvalgets beslutning, da forvaltningens rapport jo ikke kunne bruges til at begrunde udvalgets beslutning.

Anne Christiansen forklarede: Hun er medlem af kommunalbestyrelsen og næstformand i teknisk udvalg. Hun så forvaltningens tilbudsvurdering ugen før det pågældende møde i udvalget. Hun drøftede ikke sagen med sit politiske bagland. Under udvalgsmødet erklærede et parti sig enig i forvaltningens indstilling. Et andet parti bragte Piil Johannesen på banen som følge af, at kommunen nok skal i gang med at lave affaldssortering, og at Piil Johannesen har erfaring hermed fra Fredensborg-Humlebæk kommune. Anne Christiansens egen holdning var lidt tøvende i første omgang, omend hun i nogen grad var tilbøjelig til at følge forvaltningens indstilling. På et tidspunkt under udvalgsmødet blev det bragt frem, at kommunen nok kunne få et bedre samarbejde med en lille vognmand end med en stor. Afgørende for Anne Christiansens egen beslutning var spørgsmålet om sortering af affald og muligheden for et bedre samarbejde med en lille leverandør. Det blev også omtalt, at lokalkendskab kunne have betydning i indkøringsfasen. Anne Christiansen syntes ikke, at beslutningen var let. Prisforskellen for de lavest bydende var så lille, at man ikke kunne tillægge den betydning. Man skulle derfor vælge den bedste. Man så også på referencerne for H.C. Svendsen. Der var jo i dem nogle bemærkninger om indkøringsvanskeligheder, men man satte dem ikke egentligt op over for Piil Johannesens reference fra Fredensborg-Humlebæk kommune. På udvalgsmødet den 27. november besluttede udvalget at fastholde beslutningen. Der skal laves om på affaldsafhentningen, hvilket også står i udbudet. Anne Christiansen har lagt vægt på, at man kan regne med at få nogle gode aftaler, dvs. at den, man har med at gøre, er villig til at prøve noget nyt. Indkøringsproblemer er et spørgsmål om at finde sækkene og matriklerne. For Anne Christiansen kom lokalkendskabet kun ind i forholdet til den nuværende vognmand. Udvalget lagde ikke vægt på lokalkendskab.

H.C. Svendsens advokat har i hovedtræk anført: Kommunen har ved sin beslutning om at indlede kontraktforhandlinger med Piil Johannesen overtrådt tjenesteydelsesdirektivets art. 3, stk. 2, hvorefter der ikke må ske forskelsbehandling mellem ordregivere. Endvidere har kommunen handlet i strid med princippet i art. 14, stk. 6, og art. 36, stk. 2. Kommunen har i sit udbud angivet tre kriterier, dvs. pris, kvalitet og leveringssikkerhed, og er derfor afskåret fra at lægge vægt på andet end disse kriterier. Selvom kommunen eventuelt har kunnet anlægge et skøn, har den i så fald overtrådt sine skønsmålinger. Det, som kommunen har lagt vægt på, er ikke angivet i udbudsbetingelserne og er i øvrigt forkert. Også H.C. Svendsen har erfaringer med affaldssortering og har haft renovationsarbejder ansat i mange år, hvortil kommer, at H.C. Svendsen må være mere leveringssikker end Piil Johannesen, der har en mindre egenkapital, og som skal fordoble sin produktion. Kommunen har endvidere ikke kunnet anlægge et politisk skøn. Der har som følge af tjenesteydelsesdirektivet skulle træffes en objektiv afgørelse, jf. tjenesteydelsesdirektivets art. 36, og kommunalpolitikerne har kun kunnet tilsidesætte forvaltningens indstilling med en klar, objektiv begrundelse, hvilket ikke er sket. Hertil kommer, at kommunen efter det fremkomne har lagt vægt på lokal tilknytning og lokalkendskab, dvs. netop noget, som tjenesteydelsesdirektivet har til formål at forhindre. Piil Johannesen bor få meter fra kommunegrænsen eller måske ligefrem på den. Det er også påfaldende, at kommunen på et tidspunkt søgte at opdele entreprisen for at tilgodese den nuværende vognmand.

Kommunens advokat har i hovedtræk anført: Kommunen har overholdt alle EU-regler og har i overensstemmelse med dem udøvet et skøn. Klagenevnet kan og bør kun tilsidesætte et sådant skøn, hvis det er klart forkert, eller hvis der er varetaget uvedkommende eller ulovlige hensyn, jfr. klagenævnslovens § 2, nr. 4). Derimod kan det ikke være klagenævnets opgave at tage stilling til, om skønnet er helt optimalt. Det er den ordregivende myndighed, der har ansvaret, og som derfor også må have retten til at træffe afgørelse. Der skal ikke foretages pointgivning. Det ville også have uoverskuelige principielle konsekvenser, hvis klagenævnet begav sig ind i en detaljeret

efterprøvelse af ordregivernes skøn. Tjenesteydelsesdirektivets art. 36 kræver ikke en objektiv begrundelse, jfr. at bestemmelsen bl.a. henviser til æstetiske hensyn. Der må også henses til, at H.C. Svendsens tilbud kun var marginalt lavere end Piil Johannesens, og at de forhold, som kommunen har lagt vægt på, er af saglig karakter. Der kan ikke være noget galt i at lægge vægt på affaldssortering og arbejdsklima. Kommunen har ikke lagt egentlig vægt på Piil Johannesens lokalkendskab, men der kan imidlertid ikke være noget til hinder for at lægge vægt på lokalkendskab, hvis dette har betydning for kvaliteten. Det bestrides, at der er lagt vægt på lokal tilknytning. Forespørgslen om opdeling af entreprisen er uden betydning. Den blev jo frafaldet.

Klagenævnet skal udtale:

Klagenævnet finder ud fra en samlet vurdering efter omstændighederne ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag for at annullere kommunens beslutning om at indlede kontraktsforhandlinger med Piil Johannesen. Nævnet lægger herved vægt på, at klagers og Piil Johannesens tilbud reelt er identiske prismæssigt, og at det må være overladt en ordregivende myndighed at udøve et skøn, som klagenævnet ikke bør efterprøve i alle enkeltheder.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.