

K E N D E L S E

A/S Iver Pedersen
(advokat Erik Hörlyck)

mod

I/S Reno Syd
(advokat Ole Ravnsbo)

Den 31. maj 1995 udbød indklagede, I/S Reno Syd, som begrænset udbud efter Rådets Direktiv 92/50/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler en tjenesteydelse vedrørende dagrenovation (affaldsbortskaffelse) inden for interessentskabets område, som dækker 5 kommuner. Udbudet omfattede 4 års-perioden 1996-1999. I udbudsbekendtgørelsen er prækvalifikationskriterierne angivet således:

»Minimumskrav: Prækvalifikation af de bydende vil blive baseret på nedenstående fremsendte oplysninger. Oplysningerne er angivet i uprioriteret og ikke vægtet rækkefølge:

Erklæring om, at virksomheden ikke er udelukket fra at afgive tilbud i henhold til artikel 29 i Rådets direktiv 92/50/EØF ;

bevis for firmaets finansielle og økonomiske forhold;

erklæring om virksomhedens samlede omsætning samt omsætning og antal beskæftigede i forbindelse med affaldsindsamling de sidste 3 år;

forelæggelse af specificeret liste over de betydeligste opgaver indenfor affaldsindsamling de sidste 3 år;

oplysninger om firmaets fastlagte kvalitetsstandard evt. planlagte standarder, herunder bl.a. anerkendte standarder som ISO;

oplysninger om organisationsplan for opgaven, herunder oplysning om, hvorfra arbejdet vil blive styret og ledet;

oplysninger om hvilket materiel firmaet råder over til udførelsen af opgaven samt dokumentation for at entreprenøren vil kunne overholde Arbejdstilsynets krav o.l.;

oplysninger om virksomhedens organisering i brancheforening/arbejdsgiverforening;

oplysninger om virksomhedens miljøpolitik, herunder eventuelt miljøstyring;

oplysninger om lokalkendskab«.

I udbudsbekendtgørelsen er tildelingskriterierne angivet således:

»Tilbuddene vil blive vurderet således at det økonomisk mest fordelagtige tilbud vælges. Dette indebærer, at der ud over prisen vil blive lagt vægt på, at udbudsmaterialets kravspecificerede opgaver løses på en måde, der tilgodeser kvalitets-, service- og driftssikkerhedsmæssige forhold bedst muligt«.

Inden udløbet af fristen 1. august 1995 anmodede 9 firmaer om at deltage, og alle 9 firmaer blev prækvalificerede. I udbudsvilkårene er tildelingskriterierne angivet på to forskellige måder. I bilag 4 til udbudsvilkårene er tildelingskriterierne angivet således:

»Kriterier for valg af tilbud

I/S Reno Syd vil blandt de indkomne tilbud vælge det tilbud, der vurderes mest økonomisk fordelagtigt. Det betyder, at der udover prisen vil blive lagt vægt på følgende kriterier, angivet i uprioriteret og ikke vægtet rækkefølge:

- entreprenørens finansielle og økonomiske forhold
- referencegrundlag dvs: oplysninger om de betydeligste opgaver indenfor affaldsindsamling de sidste 3 år herunder omsætning og antal beskæftigede i forbindelse med affaldsindsamling
- eventuelle referencer, der dokumenterer et højt serviceniveau
- drifts- og leveringssikkerhed
- kvalitetsstandard evt. planlagte standarder, herunder bl.a. anerkendte standarder som ISO
- organisationsplan for opgaven, herunder ledelse
- det materiel, der vil blive anvendt ved udførelsen af opgaven
- entreprenørens muligheder for at overholde Arbejdstilsynets krav o.lign.
- entreprenørens eventuelle forbehold
- virksomhedens miljøpolitik, herunder eventuelt miljøstyring
- mulighed for at forestå borgerinformation
- fornødent lokalkendskab til at kunne tilrettelægge og drive indsamlingen«.

I udbudsvilkårenes »Særlige betingelser« er tildelingskriterierne angivet som i udbudsbekendtgørelsen bortset fra, at sidste sætning er sålydende:

»der tilgodeser kvalitet, service og driftssikkerhed bedst muligt«.

Vedrørende de tjenesteydelser, der i udbudsmaterialet er betegnet som Odder 1 og Odder 2, indkom der inden fristens udløb den 6. oktober 1995 følgende tilbud (beregnet pr. år):

Odder 1

1. Leif Pedersen	2.071.996 kr.
2. A/S Marius Pedersen	2.076.750 kr.
3. A/S Iver Pedersen	2.104.821 kr.
4. Østjysk Miljøservice A/S	2.140.650 kr.

Odder 2

1. A/S Iver Pedersen	826.660 kr.
2. Verner Franck Jensen	840.440 kr.
3. Østjysk Miljøservice A/S	925.850 kr.

Den 13. november 1995 besluttede indklagede vedrørende tjenesteydelsen dagrenovation i området Odder 1 at indgå kontrakt med Leif Pedersen og vedrørende tjenesteydelsen dagrenovation i området Odder 2 at indgå kontrakt med Verner Franck Jensen. På grund af forbehold i tilbudene fra Østjysk Miljøservice A/S blev disse 2 tilbud ikke taget i betragtning.

Den 14. november 1995 indgav A/S Iver Pedersen klage over I/S Reno Syd til Klagenævnet for Udbud. Klageren fremsatte samtidig anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 4. januar 1996 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Sagen har været behandlet på et møde i København den 12. april 1996.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

1. Klagenævnet skal fastslå, at I/S Reno Syd har tildelt tjenesteydelsen dagrenovation i området Odder 1 i strid med det tildelingskriterium, der er fastsat for udbudet.
2. Klagenævnet skal fastslå, at I/S Reno Syd har tildelt tjenesteydelsen dagrenovation i området Odder 2 i strid med det tildelingskriterium, der er fastsat for udbudet.

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

Ifølge udbudsvilkårene skulle tilbudsgiverne i deres tilbud angive en enhedspris pr. tømning af henholdsvis sække og 5 forskellige typer containere. Udbudsvilkårene indeholdt en angivelse af det årlige antal tømninger af henholdsvis sække og hver af de 5 forskellige typer containere, og tilbudsgiverne skulle på grundlag heraf udregne den samlede pris pr. år vedrørende henholdsvis sække og hver af de 5 typer containere. Den samlede tilbudspris fremkommer herefter som summen

af disse 6 beløb. Indklagede har i udbudsvilkårene anvendt det faktiske antal tømninger af sække og containere pr. 1. september 1995.

Indklagede har forelagt Klagenævnet lister over de klager, som interessentskabet modtog 1995 vedrørende A/S Iver Pedersens udførelse af dagrenovationen i området Odder 1. Listerne er udarbejdet med henblik på Klagenævnets behandling af klagen fra A/S Iver Pedersen, men listerne bygger på de notater, som løbende er blevet udfærdiget i interessentskabets sekretariat.

På et tidspunkt efter fristens udløb den 5. oktober 1995 anmodede indklagede tilbudsgiveren Leif Pedersen om at fremsende yderligere oplysninger om sit materiel, sit personale og sine økonomiske forhold. I en skrivelse af 6. november 1995 til indklagede redegjorde Unibank A/S, Odder, for Leif Pedersens økonomiske forhold, og i en skrivelse af 17. oktober 1995 til indklagede redegjorde Leif Pedersen for sine planlagte dispositioner vedrørende materiel og personale.

Indklagedes bestyrelse traf på et møde den 10. november 1995 beslutning om, hvilke tilbudsgivere der skulle træffes aftale med. Interessentskabets direktør Bent Holst udarbejdede forud for dette møde et notat, hvori der i indledningen er anført følgende:

»»Kriterier for tildeling af ordren« er:

Tilbudene vurderes således, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud vælges. Dette indebærer, at der ud over prisen vil blive lagt vægt på, at opgaven løses på en måde, der tilgodeser kvalitet-, service- og driftssikkerhedsmæssige forhold bedst muligt«.

Vedrørende Odder 1 og Odder 2 er der i notatet anført følgende:

»Odder 1:

For tiden kører Iver Pedersen i Odder 1 området. Der ydes en dårlig service, som bevirker at Reno Syd's administrative personale belastes med ca. 1-1½ time dagligt pga. klager m.v.

For 1995 betales pr. uge 48.986,00 kr.

For 1996 er prisen pr. uge 40.799,00 kr. ved valg af lavestbydende, Leif Pedersen, som er et enkeltmandsfirma med anstrengt økonomi, men er lokalkendt.

Leif Pedersen er anmodet om dokumentation på at kunne skaffe fornødne køretøjer og mandskab.

Den næstlaveste bydende er Jydsk Industri med en pris pr. uge 40.941,00 kr. Dette firma har gode referencer.

Odder 2:

For tiden kører Verner Franck Jensen i Odder 2 området og yder en rimelig god service.

For 1995 betales pr. uge 25.943,00 kr.

For 1996 er prisen pr. uge 22.689,00 kr. ved valg af Verner Franck Jensen, som er næstlavestbydende. Lavestbydende er Iver Pedersen med en pris pr. uge 22.312,00 kr., men dette firma har en meget dårlig service overfor borgerne og er belastende for Reno Syd's personale«.

Direktør Bent Holst, I/S Reno Syd, har forklaret, at interessentskabet ikke modtog noget oplæg fra Cowi-Consult om, hvem man skulle tildele ordren. Han lavede selv det notat, som dannede grundlag for hans indstilling til bestyrelsen og for bestyrelsens beslutning. Han har ikke udtrykkeligt henvist til tildelingskriterierne i udbudsvilkårenes bilag 4, men det er disse tildelingskriterier, han har anvendt ved sin vurdering af tilbudene og ved sin indstilling til bestyrelsen.

Klageren har gjort gældende, at indklagedes beslutninger om at indgå kontrakt med Leif Pedersen vedrørende Odder 1 og med Verner Franck Jensen vedrørende Odder 2 ikke er truffet på grundlag af tildelingskriterierne, og at afgørelserne derfor er i strid med tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, litra a, sammenholdt med artikel 3, stk. 2. Klageren her særligt henvist til følgende forhold:

a. Beregningen af tilbudspriserne (vedrørende Odder 1):

Klageren har gjort gældende, at indklagede har begået fejl ved beregningen af den pris pr. år, der er indeholdt i tilbudene fra klageren og Leif Pedersen, dels ved at indklagede har foretaget beregningen på grundlag af antallet af enheder pr. 1. september 1995 i stedet for at anvende de mere aktuelle tal pr. 1. oktober eller 1. november 1995, dels ved at indklagede i et vist omfang har anvendt tal for antallet af containere, som ikke var korrekte. Foretages der korrektioner herfor, viser det sig, at klagerens tilbud er billigere end Leif Pedersens tilbud, både hvis tallene pr. 1. oktober 1995 og pr. 1. november 1995 lægges til grund.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er begået fejl ved beregning af tilbudspriserne, idet det ikke var praktisk muligt, da vurderingen af de indkomne tilbud skulle foretages, at fremskaffe nyere tal end tallene fra pr. 1. september 1995. Indklagede har endvidere gjort gældende, at der ikke ved beregningen er anvendt forkerte tal vedrørende antallet af containere.

Der har mellem parterne været enighed om, at der både absolut og relativt kun er små forskelle mellem indklagedes og klagerens beregninger af tilbudspriserne fra henholdsvis klageren og Leif Pedersen.

b. Anvendelse af senere indhentede oplysninger (vedrørende Odder 1):

Klageren har gjort gældende, at indklagede vedrørende tilbudsgiveren Leif Pedersen har anvendt oplysninger, der efter tilbudsfristens udløb er fremskaffet ved henvendelse til denne tilbudsgiver, dels vedrørende Leif Pedersens muligheder for at fremskaffe materiel og personale til udførelse af opgaven, dels vedrørende hans økonomiske forhold. Vurderingen af, om denne tilbudsgiver kan klare opgaven, burde være foretaget i forbindelse med prækvalifikationen, således at denne tilbudsgiver, hvis de nødvendige oplysninger ikke var blevet fremsendt i forbindelse med prækvalifikationen, ikke var blevet prækvalificeret. Det er endvidere i strid med tjenesteydelsesdirektivet, at indklagede efterfølgende kontakter en tilbudsgiver for at give denne mulighed for at fremkomme med yderligere oplysninger.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke alene kan ske en vurdering af en tilbudsgiveres kapacitet vedrørende materiel, personale og økonomi i forbindelse med prækvalifikationen, men også i forbindelse med beslutningen om tildelingen af ordren.

c. Klagerne over A/S Iver Pedersen under det tidligere kontraktsforhold (vedrørende både Odder 1 og Odder 2):

A/S Iver Pedersen har gjort gældende, at indklagede ved at tillægge klagerne over selskabet i forbindelse med det tidligere kontraktsforhold betydning ved vurderingen af selskabets tilbud har handlet i strid med tildelingskriterierne. A/S Iver Pedersen har bestridt, at der er indgået klager i et omfang som hævdet af I/S Reno Syd, og har iøvrigt gjort gældende, at de klager, der er modtaget, ikke skyldes mangelfuldt arbejde fra A/S Iver Pedersen's side, men derimod den omstændighed, at dette selskab i modsætning til I/S Reno Syd har været indstillet på at overholde de nye arbejdsmiljøregler for dagrenovation, som Arbejdstilsynet har udsendt. A/S Iver Pedersen har endvidere gjort gældende, at inddragelse af klager skal ske i forbindelse med prækvalifikationen, og at I/S Reno Syd, når interessentskabet på trods af de pågældende klager har besluttet at prækvalificere I/S Iver Pedersen, er afskåret fra senere i forbindelse med beslutningen af tildelingen af ordren at tage hensyn til disse klager.

Indklagede har gjort gældende, at interessentskabet efter de fastsatte prækvalifikationskriterier og tildelingskriterier har været berettiget til at tillægge klagerne over A/S Iver Pedersen i forbindelse med det tidligere kontraktforhold betydning såvel ved prækvalifikationen som ved tildelingen af ordren. I forbindelse med prækvalifikationen fandt interessentskabet ikke klagerne så belastende for A/S Iver Pedersen, at interessentskabet mente at have grundlag for ikke at prækvalificere A/S Iver Pedersen, men ved anvendelsen af tildelingskriterierne tillagde interessentskabet klagerne betydelig vægt, hvilket interessentskabet var berettiget til, jf. følgende punkter i tildelingskriterierne »eventuelle referencer, der dokumentere et højt serviceniveau« og »drifts- og leveringssikkerhed«. Indklagede har endvidere gjort gældende, at klagerne fra kommunens borgere skyldes, at A/S Iver Pedersen's skraldemænd ikke udfører deres arbejde tilfredsstillende, og at ledelsen i A/S Iver Pedersen ikke har haft vilje eller evne til at få dagrenovationen til at fungere tilfredsstillende.

Klagenævnet udtaler:

Ad Odder 1 og Odder 2.

De tildelingskriterier, som indklagede har fastsat i udbudsvilkårene, er uklare, idet udbudsvilkårene indeholder to forskellige formuleringer af tildelingskriterierne, dels formuleringen i bilag 4, dels formuleringen i »Særlige betingelser«. I det notat, som indklagedes direktør udarbejdede til brug ved bestyrelsens behandling af tilbudene, er der henvist til formuleringen i »Særlige betingelser«, men efter det, der iøvrigt er oplyst overfor Klagenævnet, herunder særligt direktør Bent Holsts forklaring, lægger Klagenævnet til grund, at indklagede har opfattet tildelingskriterierne i bilag 4 som de gældende og ved tildelingen af ordrene har anvendt disse tildelingskriterier. Indklagede har handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, litra a, ved i udbudsvilkårene yderligere at medtage den afvigende formulering af tildelingskriterierne i »Særlige betingelser«.

Indklagede har ikke handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivet ved ved beregningen af tilbudspriserne at anvende tallene for antallet af sække og containere pr. 1. september 1995, og Klagenævnet har ikke grundlag for at antage, at de tal, som indklagede anvendte, var ukorrekte.

Ad Odder 1.

Efter indholdet af de fastsatte prækvalifikationskriterier og tildelingskriterier og efter beskaffenheden af de klager, som I/S Reno Syd modtog over A/S Iver Pedersen i forbindelse med det tidligere kontraktforhold har I/S Reno Syd været berettiget til at tage hensyn til disse klager både i forbindelse med prækvalifikationen og i forbindelse med tildelingen af ordren.

Efter indholdet i prækvalifikationskriterierne, særligt »bevis for firmaets finansielle og økonomiske forhold«, »oplysninger om organisationsplan for opgaven, herunder oplysning om, hvordan arbejdet vil blive styret og ledet« og »oplysninger om hvilket materiel firmaer råder over til udførelsen af opgaven....«, har det - uanset indholdet af tildelingskriterierne - påhvilet indklagede allerede i forbindelse med prækvalifikationen at tage stilling til, om Leif Pedersen med hensyn til materiel, personale og økonomi kunne udføre de udbudte tjenesteydelser. I den foreliggende situation har indklagedes fremgangsmåde ikke været til ulempe for klageren og iøvrigt heller ikke for tilbudsgiveren, Leif Pedersen, idet det efterfølgende blev konstateret, at denne tilbudsgiver kunne godkendes. Hvis det imidlertid efterfølgende havde vist sig, at Leif Pedersen ikke kunne godkendes, ville indklagedes fremgangsmåde have medført unødvendigt besvær for denne tilbudsgiver med udarbejdelse af tilbud. Indklagede har således handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivets artikel 27, stk. 1, ved reelt at udsætte vurderingen af Leif Pedersens materiel, personale og økonomiske forhold til det tidspunkt, da tilbudene skulle bedømmes.

Uanset disse overtrædelser af tjenesteydelsesdirektivet finder Klagenævnet imidlertid ikke grundlag for at antage, at indklagede ikke ved tildelingen af ordren vedrørende tjenesteydelsen Odder 1 til Leif Pedersen har truffet sin afgørelse i overensstemmelse med de fastsatte tildelingskriterier.

Ad Odder 2.

Indklagede har som anført efter tildelingskriterierne været berettiget til at tillægge sine erfaringer med klageren i forbindelse med det tidligere kontraktforhold betydning, og Klagenævnet har særligt på denne baggrund ikke grundlag for at antage, at indklagede ikke ved tildelingen af ordren vedrørende tjenesteydelsen Odder 2 til Verner Franck Jensen har truffet afgørelsen i overensstemmelse med de fastsatte tildelingskriterier.

Klagenævnet tager derfor ikke klagerne fra A/S Iver Pedersen til følge.

Herefter bestemmes:

A/S Iver Pedersens klage over I/S Reno Syd tages ikke til følge.

I/S Reno Syd har handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivet dels ved at have formuleret tildelingskriterierne uklart, dels ved ikke allerede i forbindelse med prækvalifikationen at tage stilling til, om tilbudsgiveren Leif Pedersen opfyldte prækvalifikationskriteriernes krav vedrørende materiel, personale og økonomiske forhold.