

K E N D E L S E

Dansk Transport og Logistik
(selv)

mod

I/S Reno Syd
(advokat Ole Ravnsbo, Århus)

Den 7. juli 1999 udbød I/S Reno Syd som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (Tjenesteydelsesdirektivet) 8 entrepriser bestående af indsamling og transport af dagrenovation for perioden 2000 – 2003 i Brædstrup Kommune, Gedved Kommune, Hørning Kommune, Odder Kommune, Ry Kommune, Skanderborg Kommune og Them Kommune. Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 23. august 1999 havde følgende 11 virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Marius Pedersen A/S
2. HCS Transport og Spedition A/S
3. Nord-Ren A/S
4. Leif P's Containerservice ved Leif Pedersen
5. Vognmandsfirmaet Verner Franck Jensen
ved vognmand Hardy Franck Jensen
6. Holst Kloakservice Skanderborg ApS
7. Torben Huss A/S
8. Marius Christensen og Sønner A/S
9. A/S Iver Pedersen
10. Lerche-Henriksen og Møller A/S
11. Meldgaard Miljø og Genbrug A/S

Den 3. september 1999 besluttede indklagede at prækvalificere virksomhederne 1-7. Samme dag blev udbudsbetingelserne udsendt til de prækvalificerede virksomheder.

Ved udløbet af fristen for indgivelse af tilbud den 18. oktober 1999 havde 6 af de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud, nemlig virksomhederne 1-6.

Den 30. oktober 1999 besluttede I/S Reno Syd at indgå kontrakt vedrørende de 8 entrepriser med følgende tilbudsgivere:

Brædstrup Kommune:	Nord-Ren A/S
Gedved Kommune:	Nord-Ren A/S
Hørning Kommune:	Holst Kloakservice Skanderborg ApS
Ry Kommune:	Marius Pedersen A/S
Skanderborg Kommune:	Holst Kloakservice Skanderborg ApS
Them Kommune:	Holst Kloakservice Skanderborg ApS
Odder Kommune, distrikt 1:	Marius Pedersen A/S
Odder Kommune, distrikt 2:	Vognmandsfirmaet Verner Franck Jensen ved vognmand Hardy Franck Jensen

Den 26. november 1999 indgav Dansk Transport og Logistik klage til Klagenævnet for Udbud over I/S Reno Syd. Klagen har været behandlet på et møde den 3. marts 2000.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i udbudsbekendtgørelsen af fastsætte tildelingskriteriet således:

»Ordren vil blive givet til den tilbudsgiver, hvis tilbud ud fra en helhedsvurdering i størst mulig udstrækning lever op til den ønskede servicering. I helhedsvurderingen vil blandt andet indgå: pris, kvalitet, drifts- udførelsessikkerhed, erfaring, referencer, finansielle og økonomiske forhold samt tilbudsgiverens kapacitet. De nævnte kriterier er ikke anført i prioriteret rækkefølge.«

og i udbudsbetingelserne at fastsætte tildelingskriteriet således:

»Valg af entreprenør til de enkelte entrepriser baseret på følgende (ikke prioriteret eller vægtet rækkefølge): Kendskab til lokalområdet. Materiel og soliditet. Prisniveau. Drifts- og udførelsessikkerhed. Serviceniveau. Erfaring og kvalitet, herunder I/S Reno Syds tidligere erfaringer med entreprenøren. Miljø- og arbejdsmiljøpolitik.«

uagtet der efter Tjenesteydelsesdirektivet alene kan fastsættes enten tildelingskriteriet »den laveste pris« eller tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med nærmere anførte underkriterier.

Påstand 2.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, ved ved angivelsen i udbudsbetingelserne af underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have anført følgende underkriterier, uagtet disse underkriterier ikke var anført i udbudsbekendtgørelsen:

- (a) »Kendskab til lokalområdet.«
- (b) »Materiel og soliditet.«
- (g) »Miljø- og arbejdsmiljøpolitik.«

Påstand 3.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, ved i udbudsbekendtgørelsen som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have fastsat følgende underkriterier, uagtet disse underkriterier efter deres indhold vedrører de krav, der skulle være opfyldt, for at en virksomhed kunne blive prækvalificeret:

- (E) »referencer.«
- (F) »finansielle og økonomiske forhold.«
- (G) »tilbudsgiverens kapacitet.«

Påstand 4.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i udbudsbetingelserne som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have fastsat følgende underkriterium, uagtet dette underkriterium efter sit indhold vedrører de krav, som skulle være opfyldt, for at en virksomhed kunne blive prækvalificeret:

- (b) »Materiel og soliditet.«

Påstand 5.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i EU-udbudsreglerne ved at fastsætte udvælgelseskriteriet (9) »Oplysning om eventuel lokalkendskab« og ved ved prækvalifikationen at tillægge udvælgelseskriteriet (9) »Oplysning om eventuel lokalkendskab« betydning.

Påstand 6.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i EU-udbudsreglerne ved som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at fastsætte underkriteriet (a) »Kendskab til lokalområdet«.

Påstand 7.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 ved ved beslutningen om, hvem der skulle indgå kontrakt med, at have anvendt følgende underkriterier:

- (a) »Kendskab til lokalområdet«
- (b) »Materiel og soliditet«
- (g) »Miljø- og arbejdsmiljøpolitik«
- (E) »Referencer«
- (F) »Finansielle og økonomiske forhold«
- (G) »Tilbudsgiverens kapacitet«

Påstand 8.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved ikke at prækvalificere virksomhederne Marius Christensen og Sønner A/S, A/S Iver Pedersen, Lerche-Henriksen og Møller A/S og Meldgaard Miljø og Genbrug A/S, uagtet disse virksomheder opfyldte betingelserne for at blive prækvalificeret, og uagtet antallet af prækvalificerede virksomheder ved en prækvalifikation af disse virksomheder kun ville komme op på 11 og således ikke overstige 14, som i udbudsbekendtgørelsen var anført som det maximale antal prækvalificerede virksomheder.

Påstand 9.

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 30. oktober 1999 om at indgå 8 kontrakter med Nord-Ren A/S, Holst Kloakservice Skanderborg ApS, Marius Pedersen A/S og Vognmandsfirmaet Verner Franck Jensen ved vognmand Hardy Franck Jensen.

Klagenævnet har endvidere i relation til påstand 8 behandlet følgende spørgsmål:

Spørgsmål 10.

Om indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved ved prækvalifikationen at have taget virksomheden Meldgaard Miljø og Genbrug A/S i betragtning, uagtet denne virksomhed ikke havde fremsendt erklæring om, at virksomheden ikke er udelukket fra at afgive tilbud, og ved at have taget virksomhederne Lerche-Henriksen og Møller A/S og A/S Iver Pedersen i betragtning, uagtet disse virksomheder ikke havde fremsendt erklæring om ubetalt forfalden gæld til det offentlige.

Indklagede har erkendt at have handlet i strid med EU-udbudsreglerne som anført i påstand 1, 3 og 6 og i påstand 4 for så vidt angår underkriteriet »soliditet«, men har i øvrigt nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Vedrørende prækvalifikationen:

I udbudsbekendtgørelsen af 7. juli 1999 er betingelserne for at blive prækvalificeret under overskriften »Minimumskrav« angivet således (nummeret er anført af Klagenævnet):

»Prækvalifikation af tilbudsgivere og deres eventuelle underentreprenører vil blive baseret på oplysningerne nedenfor. Oplysningerne skal vedlægges anmodningen om prækvalifikation. Oplysningerne er beskrevet i uprioriteret og ikke vægtet rækkefølge (numrene er anført af Klagenævnet):

- (1) Bevis for virksomhedens optagelse i et virksomheds- eller selskabsregister.
- (2) Navn og adresse på virksomhedens pengeinstitut.
- (3) Erklæring om, at tilbudsgiveren ikke er udelukket fra at afgive tilbud i henhold til artikel 29 i Rådets direktiv 92/50/EØF.
- (4) Tro og love erklæring om ubetalt forfalden gæld til det offentlige jf. lov nr. 1093 af 21. december 1994.
- (5) Erklæring om, at tilbudsgiver stiller sikkerhed jf. pkt. 12 før kontraktunderskrivelse.
- (6) Oplysning om, hvorfra arbejdet vil blive ledet.
- (7) Oplysning om tilbudsgivers vognpark.
- (8) Oplysning om, hvilket materiel tilbudsgiveren vil benytte til opgaven.
- (9) Oplysning om eventuel lokalkendskab.
- (10) Referenceliste over gennemførte og/eller igangværende entrepriser af tilsvarende karakter.
- (11) Oplysning om anvendelse af eventuelle underentreprenører (underentreprenører skal fremvise samme dokumentation som hovedentreprenøren).
- (12) Oplysning om hvilke entrepriser der ønskes afgivet tilbud på.«

I udbudsbekendtgørelsen er anført følgende:

»Påtænkt antal tjenesteydere, der vil blive opfordret til at afgive bud:
Blandt de virksomheder, der har anmodet om deltagelse, prækvalificeres maksimalt 14, selv om der måtte være flere kvalificerede.«

Indklagedes tekniske rådgiver Cowi Rådgivende Ingeniører A/S har i et notat af 3. september 1999 til indklagede anført:

»Der er indkommet 11 anmodninger om prækvalifikation.....

I henhold til udbudsbekendtgørelsen vil I/S Reno Syd højest prækvalificere 14 entreprenører. Det betyder at alle de indkomne anmodninger om prækvalifikation i princippet kan imødekommes.

De vedlagte evalueringsskemaer er udfyldt ud fra det vedlagte prækvalifikationsmateriale og med kommentarer fra I/S Reno Syd.

Ses der på evalueringsskemaet fremgår det at der maksimalt er opnået en score på 4,75 mens den laveste score er 2,25.

Vælges det at udelukke de entreprenører som ikke har opnået mindst 4 i samlet score vil der ud fra evalueringen kunne peges på 7 entreprenører som skal prækvalificeres og 4 som ikke skal imødekommes.....«

Indklagedes tekniske rådgiver har i et notat af 10. december 1999 oplyst, at indklagedes beslutning om, hvilke virksomheder der skulle prækvalificeres, blev truffet på følgende måde:

»Følgende udvælgelseskriterier blev anvendt ved prækvalifikationen:

1. Materiel og sikkerhed
2. Økonomisk soliditet
3. Lokalkendskab
4. Referencer og erfaring

ad. 1:

Materiel og sikkerhed blev vurderet på baggrund af entreprenørernes oplysninger om vognpark og materiel til opgaven.

ad. 2:

Økonomisk soliditet blev vurderet på baggrund af firmaets størrelse, erklæring om ikke gæld til det offentlige, størrelse af vognpark, underskrift på sikkerhedsstillelse samt Reno Syds eget kendskab til entreprenøren mht. økonomisk soliditet.

ad. 3:

Lokalkendskab blev vurderet i forhold til entreprenørens egne oplysninger om lokalkendskab og det forhold om entreprenøren havde kørt i kommunen tidligere.

ad. 4:

Referencer og erfaring blev vurderet ud fra de referencelister som entreprenøren havde vedlagt hvoraf det fremgik hvilke opgaver entreprenøren havde haft tidligere og hvilke entreprenøren har i øjeblikket.«

Vedrørende beslutningen om indgåelse af kontrakt:

I udbudsbekendtgørelsen af 7. juli 1999 er tildelingskriteriet fastsat således (bogstaverne er anført af Klagenævnet):

»Ordren vil blive givet til den tilbudsgiver, hvis tilbud ud fra en helhedsvurdering i størst mulig udstrækning lever op til den ønskede servicering. I helhedsvurderingen vil blandt andet indgå:

- (A) pris
- (B) kvalitet
- (C) drifts- og udførelsessikkerhed
- (D) erfaring
- (E) referencer
- (F) finansielle og økonomiske forhold samt
- (G) tilbudsgiverens kapacitet.

De nævnte kriterier er ikke anført i prioriteret rækkefølge.«

I udbudsbetingelserne er tildelingskriteriet fastsat således (bogstaverne er anført af Klagenævnet):

»Valg af entreprenør til de enkelte entrepriser baseres på følgende (ikke prioriteret eller vægtet rækkefølge):

- (a) Kendskab til lokalområdet.
- (b) Materiel og soliditet.
- (c) Prisniveau.
- (d) Drifts- og udførelsessikkerhed.
- (e) Serviceniveau.
- (f) Erfaring og kvalitet, herunder I/S Reno Syds tidligere erfaringer med entreprenøren.
- (g) Miljø- og arbejdsmiljøpolitik.«

Indklagedes tekniske rådgiver har i et notat af 21. oktober 1999 til indklagede anført:

»Tilbudsevaluering

For sammenligning og bedømmelse af indkomne tilbud er følgende evalueringsmodel anvendt for alle entrepriser:

<u>Parameter</u>	<u>Vægtning, V</u>	<u>Pointskala, P</u>
1. Prisniveau	80%	1-5
2. Kvalitet og service	10%	1-5
3. Drifts- og udførelsessikkerhed	10%	1-5
.....		

Ved pointafgivelse for pris er der anvendt procentregning i forhold til den billigste pris og de øvrige.....

For paramter 2 vedrørende kvalitet og service er pointene afgivet ud fra følgende:

Alle entreprenører der ikke tidligere har kørt eller kører i I/S Reno Syd får tildelt 3 point for denne parameter. Dette gøres ud fra den betragtning at niveauet for kvalitet og service er meget afhængig af de lokale forhold. Det kan derfor ikke umiddelbart antages at, fordi en entreprenør yder en god service for et andet affaldsselskab eller kommune at dette vil være tilsvarende for en Reno Syd kommune. Derfor er det valgt at give 3 point til alle de entreprenører som ikke er kendt med Reno Syd.

For øvrige entreprenører som kører for I/S Reno Syd i dag tildeles der 5 point for parameter 2 med undtagelse af Marius Pedersen som får 3 point. Dette skyldes at Reno Syds nuværende og tidligere erfaringer med MPs kvalitet og service er relativ dårlige herunder at der ofte er klager og dårlig opfølgning på indgåede aftaler.

Med hensyn til parameter 3 vedrørende drifts- og udførelsessikkerhed får alle entreprenører tildelt 5 point. Dette gøres ud fra den forudsætning at de alle er blevet prækvalificeret med baggrund i deres nuværende og kommende materiel, og det må således antages at alle kan udføre opgaven med den optimale driftssikkerhed.«

Indklagedes tekniske rådgiver har i notatet af 10. december 1999 oplyst, at indklagedes beslutning om, hvilke tilbudsgivere der skulle indgå kontrakt med, blev truffet på følgende måde:

»Følgende tildelingskriterier blev anvendt i tilbudsfasen:

1. Pris
2. Kvalitet og service
3. Drifts- og udførelsessikkerhed

ad. 1:

Prisen blev vurderet ud fra de opgivne priser i tilbudslisterne.

ad. 2:

Kvalitet og service blev vurderet ud fra det materiale som entreprenøren havde vedlagt i prækvalifikationen, herunder kvalitetsstyringsbeskrivelser bl.a. med håndtering af klager. Derudover er Reno Syds generelle kendskab til entreprenøren gennem tidligere erfaringer eller gennem det almene branchekendskab.

Overordnet for alle vurderingerne af de entreprenører som ikke tidligere har kørt i Reno Syd har Reno Syd gennem det affaldstekniske samarbejde Renosam indsamlet oplysninger om disse.

For alle vurderingerne af entreprenører der kører i Reno Syd i dag har der været gennemført en uafhængig rundspørge blandt medarbejdere i Reno Syd som varetager den daglige kontakt med vognmænd og borgere. Resultatet af denne rundspørge har også dannet grundlag for vurderingerne.

Baggrund for vurdering af HCS: HCS havde vedlagt generel beskrivelse af kvalitet og service. Denne virkede acceptabel og var nogenlunde ensartet set i forhold til andre entreprenørers beskrivelser. Gennem de indsamlede oplysninger har Reno Syd bl.a. kendskab til problemer ved dagrenovationsindsamlingen i Randers Kommune. Årsag og omfang af problemerne blev efterfølgende bekræftet ved henvendelse til Randers Kommune. Samlet blev det vurderet at HCS skulle tildeles en middeld-karakter for kvalitet og service hvilket svarer til pointtallet 3.

Nord-Ren havde også vedlagt generel beskrivelse af kvalitet og service. Denne virkede på samme måde acceptabel. Reno Syd har gennem de indsamlede oplysninger fået en generel middel tilkendegivelse omkring Nord-Ren uden udsagn om speciel høj eller lav kvalitet af arbejdet. Det blev vurderet således at Nord-Ren skulle tildeles en middeldkarakter (pointtallet 3) også set i forhold til HCS, da det blev vurderet at de begge burde ligestilles på dette punkt.

Marius Pedersen havde vedlagt generel beskrivelse af kvalitet og service. Denne virkede også acceptabel. Reno Syd har gennem tidligere erfaringer med MP i perioder kunne konstatere problemer, mens det i andre perioder har kørt upåklageligt. Det blev vurderet på denne baggrund at MP skulle tildeles en middeldkarakter på 3 point. Rundspørgen blandt personalet på I/S Reno Syd har ligeledes vurderet MPs service til mid-del.

Holst Kloakservice havde ikke vedlagt beskrivelse af kvalitet og service. Rundspørgen blandt personalet i Reno Syd viste at firmaet fik top-karakter blandt alle medarbejderne. Reno Syd har gennem tidligere erfaringer med Holst Kloakservice ikke på noget tidspunkt kunne konstatere problemer med kvaliteten af deres arbejde. Det blev på denne baggrund vurderet at Holst Kloakservice skulle tildeles maksimumkarakter på 5 point.

Verner Franck Jensen havde ikke vedlagt beskrivelse af kvalitet og service. Rundspørgen blandt personalet i Reno Syd viste at firmaet fik top-karakter blandt alle medarbejderne. Reno Syd har gennem tidligere erfaringer med VFJ ikke på noget tidspunkt kunne konstatere problemer med kvaliteten af deres arbejde. Det blev på denne baggrund vurderet at Verner Franck Jensen også skulle tildeles maksimumkarakter på 5 point.

ad. 3

Drifts- og udførelsessikkerhed blev vurderet ud fra tidligere oplysninger om vognpark og materiel i forhold til det aktuelle antal entrepriser der

blev afgivet tilbud på. Såfremt at det blev vurderet at entreprenøren vil kunne yde en tilfredsstillende drift og udførelsessikkerhed under hensyntagen til hvad der blev afgivet tilbud på fik denne tildelt maksimum-point på 5. Det blev vurderet at alle de afgivne tilbud af entreprenørerne opfyldte kravet om driftssikkerhed i forhold til antal entrepriser og vognpark.

Generelt

Generelt kan det siges at de parametre der er beskrevet i udbudsbekendtgørelsen omkring »kriterier for tildeling af ordren« er anvendt, dog sådan at erfaring, referencer, finansielle- og økonomiske forhold og tilbudsgivers kapacitet er anvendt som udvælgelseskriterier. Pris, kvalitet og service og drifts- og udførelsessikkerhed er anvendt som tildelingskriterier.

Overordnet betragtet kan det konstateres at alle parametrene, angivet i udbudsbekendtgørelsen under »kriterier for tildeling af ordren«, også ligger til grund for dette, idet det at blive prækvalificeret og dermed have muligheden for at få tildelt en ordre også må anses som værende en del af »tildelingen af ordren«.

Af selve udbudsmaterialet/beskrivelsen fremgår det at miljø- og arbejdsmiljø vil blive anvendt som tildelingskriterie. Dette fremgår ikke af udbudsbekendtgørelsen og dette parameter er da heller ikke anvendt som tildelingskriterie. Det må formodes at tilbudsgiver hovedsageligt har lagt vægt på de parametre som er beskrevet i udbudsbekendtgørelsen idet alt relevant materiale (udover selve prisen) er tilsendt i prækvalifikationen på baggrund af udbudsbekendtgørelsen.«

Ved skrivelse af 30. september 1999 anmodede Lerche-Henriksen og Møller A/S indklagede om en redegørelse for, hvorfor virksomheden ikke var blevet prækvalificeret. Indklagede skrev den 4. oktober 1999 således til virksomheden:

»Med henvisning til tidligere fremsendte skema, kan vi til Deres brev af 30. september 1999 oplyse følgende:

Sammen med vor rådgiver har vi valgt at udelukke de entreprenører, der ikke har opnået en samlet score på 4.

For Deres firmas vedkommende var der følgende bemærkninger:

1. Manglende erklæring om ubetalt forfalden gæld.
2. Erklæring om stillelse af sikkerhed ikke underskrevet af pengeinstitut.
3. Entreprenørens nuværende og forventede vognpark er begrænset.
4. Materiel der vil blive benyttet til opgaven er ikke helt klart. Fremstår som kun 2 komprimatorbiler.
5. Lokalkendskab mangler.«

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1.

Efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, påhviler det en udbyder i udbudsbekendtgørelsen at oplyse, om tildelingskriteriet under udbudet er »den laveste pris« eller »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, og hvis en udbyder vælger også i udbudsbetingelserne at oplyse tildelingskriteriet, skal tildelingskriteriet her angives på samme måde som »den laveste pris« eller »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

På grundlag af de forklaringer, der er afgivet af indklagedes direktør Bent Holst og ingeniør Anita Dahl Hansen, der som ansat hos indklagedes tekniske rådgiver Cowi Rådgivende Ingeniører A/S har bistået indklagede under udbudet, lægger Klagenævnet til grund, at indklagede under udbudet har tilsigtet at fastsætte tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Det har således påhvilet indklagede i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne at anføre tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, og indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at beskrive det fastsatte tildelingskriterium som sket henholdsvis i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 2.

Efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, er en udbyder ikke forpligtet til i udbudsbekendtgørelsen at oplyse de underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, som vil blive anvendt, idet udbyderen i stedet kan oplyse disse underkriterier i udbudsbetingelserne. Det følger heraf, at en udbyder ved begrænset udbud kan vente med at oplyse underkriterierne, indtil udbudsbetingelserne fremsendes til de prækvalificerede virksomheder.

Når en udbyder imidlertid som i det foreliggende tilfælde har valgt allerede i udbudsbekendtgørelsen at oplyse de underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, som vil blive anvendt, er udbyderen som udgangspunkt ikke berettiget til senere at ændre disse underkriterier. Hvis udbyderen tillige ønsker underkriterierne anført i udbudsbetingelserne, skal det ske ved, at der i udbudsbetingelserne henvises til angivelsen af underkriterierne i udbudsbekendtgørelsen, eller ved, at der i udbudsbetingelserne medtages en ordret gengivelse af underkriterierne i udbudsbekendtgørelsen.

I et tilfælde som det foreliggende, hvor udbudsbetingelserne ikke blot henviser til udbudsbekendtgørelsen, og hvor der er angivet en anden formulering af underkriterierne i udbudsbetingelserne end i udbudsbekendtgørelsen, beror det på en fortolkning, om der er den fornødne overensstemmelse mellem angivelsen af underkriterierne i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne.

Angivelsen i udbudsbekendtgørelsen af det fastsatte tildelingskriterium er som anført under påstand 1 i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, og angivelsen af underkriterierne er uklar, idet ordene »blandt andet« er anvendt. Angivelsen af underkriterierne fremtræder dog på en sådan måde, at den må opfattes som en gengivelse af de endeligt fastsatte underkriterier. Indklagede har derfor handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved ikke i udbudsbetingelserne at anføre underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« på samme måde som i udbudsbekendtgørelsen, herunder ved yderligere i udbudsbetingelserne at medtage de 3 underkriterier, som er anført i påstand 2.

Ad påstand 3.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet som anført i denne påstand.

Ad påstand 4.

»Soliditet« har – som erkendt af indklagede – ikke lovligt under det aktuelle udbud kunnet anvendes som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, og indklagede har således handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at fastsætte dette underkriterium.

Det er i udbudsbekendtgørelsen bestemt, at virksomheder, der ønsker at blive prækvalificeret, skal indsende »Oplysning om tilbudsgivers vognpark« og »Oplysning om, hvilket materiel tilbudsgiveren vil benytte til opgaven«.

Fastsættelsen af det sidstnævnte kvalifikationskriterium indebærer en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet, da der ved prækvalifikationen alene skal tages stilling til, om de virksomheder, der anmoder om at blive prækvalificeret, har det nødvendige materiel eller må antages at kunne skaffe sig det nødvendige materiel, mens der ikke ved prækvalifikationen lovligt kan tages stilling til kvaliteten af det materiel, som skal anvendes til at løse den konkrete renovationsopgave. En vurdering af det materiel, der skal anvendes til at løse en konkret opgave, kan i hvert fald først lovligt ske som

led i vurderingen af tilbudene på grundlag af de oplysninger, der fremgår af tilbudene.

Spørgsmålet er imidlertid, om indklagede under det aktuelle udbud overhovedet lovligt har kunnet fastsætte »materiel« som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Det er ikke efter EU-udbudsreglerne udelukket, at et forhold, som i udbudsbekendtgørelsen er fastsat som en kvalifikationsbetingelse ved prækvalifikationen, efter sin beskaffenhed både kan fungere som en minimumsbetingelse, som skal være opfyldt, for at en virksomhed kan prækvalificeres, og tillige i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne kan fastsættes som et af flere underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, således at det efterfølgende lovligt kan anvendes som underkriterium ved beslutningen om, hvilket tilbud der skal antages. Betingelsen er imidlertid, at det pågældende forhold efter sit indhold – ud over at være egnet til at udskille virksomheder, som ikke skal prækvalificeres – på grund af den pågældende tjenesteydelses beskaffenhed tillige er egnet til at kvalificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Det fastsatte kvalifikationskriterium »materiel« (i udbudsbekendtgørelsen betegnet som »vognpark« og »materiel«) er egnet til at danne grundlag for en vurdering af, om en virksomhed kan prækvalificeres til at udføre de 8 udbudte entrepriser vedrørende indsamling af dagrenovation og dermed egnet til at danne grundlag for en beslutning om, at en virksomhed ikke skal prækvalificeres. Når det imidlertid under en prækvalifikation er konstateret, at en række virksomheder i relation til den udbudte tjenesteydelse »Indsamling af dagrenovation« opfylder kvalifikationsbetingelsen »materiel«, er en fornyet vurdering af det materiel, som ifølge et modtaget tilbud skal anvendes til udførelsen af den pågældende dagrenovation, da det alene drejer sig om indsamling og transport af dagrenovation, ikke egnet til blandt de modtagne tilbud at kvalificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Indklagede har således handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i det aktuelle udbud som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at fastsætte underkriteriet »materiel«.

Ad påstand 5.

De udbudte tjenesteydelser, der består i indsamling af dagrenovation i 8 områder, er særligt i udbudsbetingelsernes afsnit »3. Arbejdsbeskrivelse« med underafsnittene »3.1. Indsamlingen«, »3.2. Aflevering af dagrenovation«, »3.3. Vejrlig« og »3.4. Andet« beskrevet særdeles detaljeret, og der er

ikke i denne beskrivelse anført særlige forhold, som indebærer, at indsamlingen af dagrenovation i disse 8 områder adskiller sig fra indsamling af dagrenovation i andre kommuner. Det er klart, at der ved starten af en kontraktperiode vedrørende udførelse af dagrenovation, hvor entreprenøren skal anvende personel og materiel, som ikke tidligere har arbejdet i det pågældende område, i en periode vil forekomme indkøringsproblemer, men sædvanligt forekommende indkøringsproblemer kan ikke begrunde, at der ved prækvalifikationen under et udbud af en dagrenovationsentreprise stilles krav om eller lægges vægt på lokalkendskab. Da der heller ikke i øvrigt vedrørende de konkrete 8 entrepriser er oplyst særlige forhold, som kan begrunde, at der ved det aktuelle udbud blev fastsat et udvælgelseskriterium vedrørende lokalkendskab, har indklagede handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at fastsætte udvælgelseskriteriet (9) »Oplysning om eventuelt lokalkendskab«. Da indklagede endvidere faktisk ved prækvalifikationen har anvendt dette udvælgelseskriterium, har indklagede også ved at anvende dette udvælgelseskriterium handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet.

Ad påstand 6.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet som anført i denne påstand.

Ad påstand 7.

På grundlag af notaterne af 21. oktober og 10. december 1999 udarbejdet af indklagedes tekniske rådgiver og ingeniør Anita Dahl Hansens forklaring lægger Klagenævnet til grund, at indklagede – uanset indholdet af tildelingskriterierne i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne – ikke ved afgørelsen af, hvilke tilbudsgivere der skulle indgås kontrakt med, har anvendt følgende underkriterier: (a) »Kendskab til lokalområdet«, (b) »soliditet«, (E) »Referencer«, (F) »Finansielle og økonomiske forhold« og (G) »Tilbudsgivers kapacitet«, men at indklagede kun har anvendt disse underkriterier i forbindelse med prækvalifikationen. Klagenævnet lægger endvidere til grund, at indklagede hverken ved prækvalifikationen eller ved afgørelsen af, hvilke tilbudsgivere der skulle indgås kontrakt med, har anvendt underkriteriet (g) »Miljø- og arbejdsmiljøpolitik«.

Indklagede har således blandt de underkriterier, der er anført i påstand 7, kun anvendt underkriteriet (b) »Materiel«, og tilbage bliver således alene spørgsmålet, at indklagede lovligt har kunnet anvende dette underkriterium.

Det følger af det, som er anført foran ad påstand 4, at indklagede ikke lovligt kunne fastsætte underkriteriet (b) »Materiel«, og indklagede har derfor også handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at anvende dette underkriterium.

Ad påstand 8.

Formålet med en prækvalifikation er ikke at finde frem til de bedst egnede virksomheder, men derimod at afskære virksomheder, som ikke opfylder de betingelser, som skal være opfyldt for at kunne afgive tilbud, fra at afgive tilbud samt eventuelt tillige at begrænse antallet af virksomheder, der skal have mulighed for at afgive tilbud. Følgende bemærkning i udbudsbekendtgørelsen vedrørende de krav, som virksomhederne skal opfylde for at blive prækvalificeret, er derfor meningsløs: »Oplysningerne er beskrevet i uprioriteret og ikke vægtet rækkefølge«.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes beslutning om alene at prækvalificere de 7 virksomheder, som under prækvalifikationen opnåede 4 point (virksomhederne 1-7), blev truffet på grundlag af en vurdering af, at alene disse 7 virksomheder opfyldte de fastsatte kvalifikationsbetingelser. På grundlag af notaterne af 21. oktober og 10. december 1999 udarbejdet af indklagedes tekniske rådgiver og den forklaring, som ingeniør Anita Dahl Hansen har afgivet, kan Klagenævnet imidlertid konstatere, at indklagede ikke undlod at prækvalificere de 4 virksomheder, fordi de ikke opfyldte de fastsatte kvalifikationsbetingelser, men fordi indklagede blot ville afskære disse virksomheder fra at afgive tilbud. Klagenævnet behandler nedenfor under spørgsmål 10 om indklagede af andre grunde skulle have udelukket nogle af disse virksomheder fra at blive taget i betragtning ved prækvalifikationen.

Spørgsmålet er her, om indklagede har handlet i strid med den udsendte udbudsbekendtgørelse ved ikke at prækvalificere de 4 virksomheder nr. 8-11, selv om de efter indklagedes bedømmelse opfyldte kvalifikationsbetingelserne for at blive prækvalificeret, for at nedbringe antallet af virksomheder, der skulle have mulighed for at afgive tilbud. I den pågældende bestemmelse i udbudsbekendtgørelsen er det fastsat, at der højst vil blive prækvalificeret 14 virksomheder, og det følger af denne bestemmelse, at indklagede, hvis der er op til 14 virksomheder, der opfylder kvalifikationsbetingelserne, skal prækvalificere alle disse virksomheder, og at indklagede kun kan undlade at prækvalificere virksomheder, der opfylder kvalifikationsbetingelserne, hvis antallet overstiger 14. Klagenævnet lægger som anført efter det

oplyste til grund, at det var indklagedes vurdering, at også virksomhederne nr. 8 – 11 opfyldte betingelserne for at blive prækvalificeret, og indklagede har således handlet i strid med de regler for gennemførelsen af prækvalifikationen, som indklagede selv havde fastsat i udbudsbekendtgørelsen, og indklagede har også herved handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet.

Ad spørgsmål 10.

Da virksomheden Meldgaard Miljø og Genbrug A/S i forbindelse med sin anmodning om at blive prækvalificeret ikke som foreskrevet i udbudsbekendtgørelsen havde medsendt erklæring om, at virksomheden ikke er udelukket fra at afgive tilbud, var indklagede under prækvalifikationen forpligtet til ikke at tage denne virksomhed i betragtning.

Da virksomhederne Lerche-Henriksen og Møller A/S og A/S Iver Pedersen i forbindelse med deres anmodninger om at blive prækvalificeret ikke som foreskrevet i udbudsbekendtgørelsen havde medsendt erklæring om ubetalt forfalden gæld til det offentlige, var indklagede under prækvalifikationen forpligtet til ikke at tage disse virksomheder i betragtning.

Indklagede har således handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet som anført i spørgsmål 10.

Ad påstand 9.

De overtrædelser af EU-udbudsreglerne, som Klagenævnet har konstateret under påstand 1-7, kunne alle konstateres efter indklagedes udsendelse af udbudsbekendtgørelsen af 7. juli 1999 og efter indklagedes udsendelse af udbudsbetingelserne den 3. september 1999, og ved indgivelse af en klage til Klagenævnet i god tid inden den 18. oktober 1999 kunne klageren have givet Klagenævnet mulighed for at træffe beslutning om opsættende virkning på et tidspunkt, hvor indklagede endnu ikke havde afsluttet udbudsforretningen. Klagerens klage blev imidlertid først indgivet til Klagenævnet den 26. november 1999, d.v.s. mere end 3 uger efter, at indklagede traf beslutning om, hvilke tilbudsgivere der skulle indgå kontrakt med. Klagenævnet tager derfor ikke påstand 9 til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i udbudsbekendtgørelsen af fastsætte tildelingskriteriet således:

»Ordren vil blive givet til den tilbudsgiver, hvis tilbud ud fra en helhedsvurdering i størst mulig udstrækning lever op til den ønskede servicering. I helhedsvurderingen vil blandt andet indgå: pris, kvalitet, drifts- udførelsessikkerhed, erfaring, referencer, finansielle og økonomiske forhold samt tilbudsgiverens kapacitet. De nævnte kriterier er ikke anført i prioriteret rækkefølge.«

og i udbudsbetingelserne at fastsætte tildelingskriteriet således:

»Valg af entreprenør til de enkelte entrepriser baseret på følgende (ikke prioriteret eller vægtet rækkefølge): Kendskab til lokalområdet. Materiel og soliditet. Prisniveau. Drifts- og udførelsessikkerhed. Serviceniveau. Erfaring og kvalitet, herunder I/S Reno Syds tidligere erfaringer med entreprenøren. Miljø- og arbejdsmiljøpolitik.«

uagtet der efter Tjenesteydelsesdirektivet alene kan fastsættes enten tildelingskriteriet »den laveste pris« eller tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med nærmere anførte underkriterier.

Ad påstand 2.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, ved ved angivelsen i udbudsbetingelserne af underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have anført følgende underkriterier, uagtet disse underkriterier ikke var anført i udbudsbekendtgørelsen:

- (a) »Kendskab til lokalområdet.«
- (b) »Materiel og soliditet.«
- (g) »Miljø- og arbejdsmiljøpolitik.«

Ad påstand 3.

Indklagede har handlet i strid Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, ved i udbudsbekendtgørelsen som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have fastsat følgende underkriterier, uagtet disse underkriterier efter deres indhold vedrører de krav, der skulle være opfyldt, for at en virksomhed kunne blive prækvalificeret:

- (E) »referencer.«
- (F) »finansielle og økonomiske forhold.«
- (G) »tilbudsgiverens kapacitet.«

Ad påstand 4.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i udbudsbetingelserne som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have fastsat følgende underkriterium, uagtet dette underkriterium efter sit indhold vedrører de krav, som skulle være opfyldt, for at en virksomhed kunne blive prækvalificeret:

(b) »Materiel og soliditet.«

Ad påstand 5.

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i EU-udbudsreglerne ved at fastsætte udvælgelseskriteriet (9) »Oplysning om eventuel lokalkendskab« og ved ved prækvalifikationen at tillægge udvælgelseskriteriet (9) »Oplysning om eventuel lokalkendskab« betydning.

Ad påstand 6.

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i EU-udbudsreglerne ved som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at fastsætte underkriteriet (a) »Kendskab til lokalområdet«.

Ad påstand 7.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 ved ved beslutningen om, hvem der skulle indgås kontrakt med, at have anvendt følgende underkriterium:

(b) »Materiel «

Ad påstand 8.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved ikke at prækvalificere virksomhederne Marius Christensen og Sønner A/S, A/S Iver Pedersen, Lerche-Henriksen og Møller A/S og Meldgaard Miljø og Genbrug A/S, uagtet disse virksomheder efter indklagedes vurdering opfyldte betingelserne for at blive prækvalificeret, og uagtet antallet af prækvalificerede virksomheder ved en prækvalifikation også af disse virksomheder kun ville komme op på 11 og således ikke overstige 14, som i udbudsbekendtgørelsen var anført som det maximale antal prækvalificerede virksomheder.

Ad spørgsmål 10.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved ved prækvalifikationen at have taget virksomheden Meldgaard Miljø og Genbrug A/S i betragtning, uagtet denne virksomhed ikke havde fremsendt erklæring om, at virksomheden ikke er udelukket fra at afgive tilbud, og ved at have taget virksomhederne Lerche- Henriksen og Møller A/S og A/S Iver Pedersen i betragtning, uagtet disse virksomheder ikke havde fremsendt erklæring om ubetalt forfalden gæld til det offentlige.

Indklagede, I/S Reno Syd, skal i sagsomkostninger til klageren, Dansk Transport og Logistik, betale 25.000 kr., der betales 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Gebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig