

Klagenævnet for Udbud

(A.F. Wehner, Suzanne Helsteen, Kaj Kjærsgaard)

J. nr.: 00-26.029

27. september 2000

K E N D E L S E

Svend B. Thomsen A/S
(advokat Mogens Hansen, København)

mod

Blåvandshuk Kommune
(advokat Dan B. Larsen, Esbjerg)

Den 14. juli 1999 udbød indklagede, Blåvandshuk Kommune på egne vegne og tillige for Blaabjerg og Varde kommuner som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (Tjenesteydelsesdirektivet) følgende tjenesteydelse:

»Tømningsordning for tanke til husspildevand i Blaabjerg, Blåvandshuk og Varde kommuner.«

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår følgende:

- »2. Tjenesteydelser.
Kategori 16, affaldsbortskaffelse. CPC-reference nr. 94.
Tjenesteydelserne omfatter tømningsordning for tanke til husspildevand i henholdsvis Blaabjerg, Blåvandshuk og Varde kommuner.
3. Udførelsessted og omfang.
Udbudet omfatter følgende ydelser:

Kommune:	Antal tanke:	Områder:	Slambe-handling:	Tømnings-metode:
Blaabjerg	2.500	Sommerhus-/landdistrikt	Indeholdt i tjenesteydelsen	KSA
Blåvandshuk	4.350	Sommerhus-/landdistrikt	Ikke indeholdt i tjenesteydelsen	KSA/Slamsuger
Varde	1.160	Landdistrikt	Indeholdt i tjenesteydelsen	KSA

(KSA-systemet: kombineret slamsuger- og afvandingssystem).
Tjenesteydelseernes omfang uddybes nærmere i udbudsmaterialet.

.....

7. Alternative bud.
Alternative bud vil ikke blive taget i betragtning.
8. Kontraktperiode.
6 år.

.....

13. Oplysninger om tjenesteyderens egne forhold.
Anmodning om deltagelse skal ledsages af følgende dokumenter:
 - a) Erklæring om virksomhedens organisering i brancheforening/arbejdsgiverforening.
 - b) Erklæring om, at virksomheden ikke er udelukket fra at afgive tilbud iht. artikel 29 i RÅDET FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992.
 - c) Oplysning om virksomhedens omsætning, resultat og egenkapital i årene 1996 – 98.
 - d) Organisationsplan for opgaven suppleret med oplysninger om:
 - Antal medarbejdere.
 - Opgørelse over ressourcer og udstyr, der påregnes anvendt ved denne opgave.
 - Oplysning om, hvorfra arbejdet vil blive styret og ledet.
 - Oplysning om eventuelle underentreprenører.
 - e) En liste over lignende aftaler indgået inden for de seneste 3 år med eventuel angivelse af kontraktsum og offentlige eller private modtagere af de pågældende ydelser.
14. Tildelingskriteriet.
Tildelingskriteriet er:
Det økonomisk mest fordelagtige tilbud.
Tilbuddet vurderes på basis af relevant erfaring, arbejdsmiljø, kvalitet, pris og service (ikke prioriteret rækkefølge), jf. udbudsmaterialet.«

Af udbudsbetingelserne vedrørende Blåvandshuk Kommune, udfærdiget af kommunens rådgiver, dateret oktober 1999 fremgår bl.a.:

»Omfang:

Arbejdet omfatter tjenesteydelsen:

Blåvandshuk Kommunes etablerede tømningsordning for bundfældningstanke.

Kontraktperioden løber fra 01.01.2000 til og med 31.12.2005 og udløber herefter uden yderligere opsigelse.

Tømningsordningen omfattede i 1998:

.....

Totale antal tanke	4.350
--------------------	-------

.....

Tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« vurderet på basis af relevant erfaring, arbejdsmiljø, kvalitet, pris og service i ikke prioriteret rækkefølge.

Bygherren forbeholder sig ret til at vælge mellem de indkomne tilbud eller forkaste dem alle på grundlag af tildelingskriteriet.

.....

Arbejdsplan og arbejdsomfang:

Entreprenøren skal i samarbejde med bygherrens tilsyn (inden opstart) udarbejde en plan for tømningens forløb i de enkelte områder.

Bygherren udlevere eksisterende registrering og lokalisering af bundfældningstankene, foretaget ved indførelse af den eksisterende tømningensordning.

Ordinær tømning:

Ordinær tømning skal udføres en gang årligt i en fastlagt rute indenfor normal arbejdstid.

Ordnings fastlægges således, at tømning af den enkelte bundfældningstank sker med 11 – 12 måneders interval.

I år 2000 skal der tømmes ca. 4.350 bundfældningstanke.

Tømningen af bundfældningstanke skal ske i perioden:

Januar – Februar	Ingen ordinære tømninger
Marts – Maj	Blåvand
Juni – medio august	Ingen ordinære tømninger
Medio August	Ho
September	Grærup
	Mosevrå
	Blåvand
Oktober – November	Vejers
December	Det åbne land

Entreprenøren skal acceptere, at bygherren henviser ejeren til entreprenøren for at få oplyst, hvornår ordinær tømning af deres tank påregnes udført samt aftale procedurer ved særlige adgangsforhold og lignende.

Ekstraordinær tømning:

Ejeren skal kunne rekvirere ekstraordinær tømning hos entreprenøren.

Ved ekstraordinær tømninger forstås:

a) Tømninger udenfor fastlagt rute indenfor normal arbejdstid.

b) Tømninger udenfor normal arbejdstid.

Normal arbejdstid er hverdage i tidsrummet kl. 07.00 – 18.00.

Ekstraordinær tømning skal ske hurtigst muligt, dog indenfor følgende tidsrammer:

Tømning rekvireret inden kl. 12.00 skal afvikles samme dag inden kl. 18.00.

Tømning rekvireret efter kl. 12.00 skal afvikles inden kl. 12.00 næste dag.

Tømning skal kunne rekvireres og afvikles udenfor normal arbejdstid mod opkrævning af fast pris fastsat ved denne entreprise.

Ved gentagne ekstraordinære tømninger forårsaget af eksempelvis overbelastning af tanken, defekt tank, problemer med grundvandspejl m.v. skal entreprenøren oplyse bygherren herom.

Øvrige ydelser rekvireret af ejeren, såsom spuling af rør og brønde m.v., afregnes af entreprenøren direkte med ejeren.

.....

Generelt:

.....

Afregning sker efter antal opgjorte tømninger og ekstra ydelser til de aftalte enhedspriser.

.....

Pos. 01 Ordinær tømning
(ca. 4.350 stk. $\leq 3 \text{ m}^3$).
Fastpris pr. tømning.

Pos. 02 Ekstraordinær tømning indenfor normal arbejdstid
Enhedspris for en tømning udført udenfor fastlagt rute.
Fastpris pr. tømning.

Pos. 03 Ekstraordinær tømning udenfor normal arbejdstid
Enhedspris for en tømning.
Fastpris pr. tømning.

Pos. 04 Tillæg:
Pr. m^3 ekstra tankstørrelse udover 3 m^3 .
Pris pr. m^3 .

Pos. 05 Tillæg:
Øvrige ydelser.
Pris pr. time.«

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 16. september 1999 havde 7 virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Svend B. Thomsen A/S.
2. Nr. Nebel Entreprenørforretning A/S.
3. Blåvand Kloakservice.
4. Sydjysk Kloak og Industriservice A/S.
5. Simon Moos A/S.
6. Fyns Kloakservice A/S.
7. Sdr. Malle Maskinstation.

Blåvandshuk Kommune besluttede, at prækvalificere alle 7 virksomheder, som havde anmodet om at blive prækvalificeret. I alt 6 virksomheder afgav tilbud. Ved skrivelse af 7. oktober 1999 meddelte Blåvandshuk Kommunes rådgivere, Johansson og Kalstup A/S, blandt andre klageren, Svend B. Thomsen A/S, at følgende virksomheder var blevet opfordret til at afgive tilbud:

» - Svend B. Thomsen A/S	Varde
- Nr. Nebel Entreprenørforretning A/S	Nr. Nebel
- Blåvand Kloakservice	Blåvand
- Sydjysk Kloak & Industriservice A/S	Kolding
- Simon Moos Kloakservice	Hørup, Sønderborg
- Fyns Kloakservice A/S	Nr. Åby
- Sdr. Malle Maskinstation	Horne, Varde.«

Ved skrivelse af 22. december 1999 meddelte indklagede klageren, at kommunalbestyrelsen på et møde den 14. december 1999 havde besluttet at overdraget arbejdet til Blåvand Kloakservice. Med skrivelsen fulgte et vurderingsskema af 1. december 1999, udarbejdet af indklagede:

»BLÅVANDSHUK KOMMUNE
VURDERINGSSKEMA

LICITATION Torsdag den, 25.11.99 kl. 10.00 i Oksbøl	TILBUDSPRISER					VÆGTNING							
	Ordinær	Ekstra ordinære		Tillæg	Pris pr.	Pris	Pris	Pris	Service	Kvalitet	Arb.miljø	Erfaring	Total
	tømning	tømninger		pr. m3	time	ordinær	ekstra	ekstra					Point
		inden- for	uden- for				inden- for	uden- for					
Vægtning i %						60	10	5	5	5	5	10	
ENTREPRENØRER													
Svend B. Thomsen	155	650	800	50	700	60	4	2	5	5	5	3	84
Nr. Nebel Entreprenørf.	188	750	1000	100	850	49	4	2	5	5	5	8	78
Blåvand Kloakservice	165	269	369	100	500	56	10	5	5	5	5	8	94
Sydjysk Kloak- & Indus.	188	340	565	115	575	49	8	3	5	5	5	8	84
Simon Moos Kloakserv.	195	550	750	50	650	48	5	5	5	5	5	8	81
Fyns Kloakservice	182	515	750	49	515	51	5	2	5	5	5	8	82
Sdr. Malle Maskinst.	intet bud afgivet												

Alle tilbudspriser er ekskl. moms.

Klageren fremsatte ved klagens indgivelse den 7. januar 2000 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 7. februar 2000 besluttede Klagenævnet ikke at tillæge klagen opsættende virkning. Klageren har under sagens forberedelse præciseret at klagen alene vedrører Blåvandshuk Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 10. maj 2000.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, ved under tildelingskriterierne at anføre at kriterierne er opstillet i: ».....ikke prioriteret rækkefølge.....«.

Påstand 2.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, ved under kriterierne for tildeling af ordren at anføre: »relevant erfaring, arbejdsmiljø, kvalitet (.....) og service«.

Påstand 3.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Tjenesteydelsesdirektivet artikel 3, stk. 2, ved at lade en ikke på forhånd oplyst mængde på enhedsprissatte ydelser indgå i tildelingskriteriet pris.

Påstand 4.

Klagenævnet skal annullere indklagedes udbud vedrørende Tømningsordning for tanke til husspildevand i Blåvandshuk Kommune.

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

Der er for Klagenævnet afgivet forklaringer af direktør Henning Vind, Svend B. Thomsen A/S, samt Helen Buch Dubery, Johansson og Kalstrup A/S, rådgivende ingeniører, samt teknisk assistent, Blåvandshuk Kommune, Elsebeth Hansen.

Direktør Henning Vind, Svend B. Thomsen A/S, har forklaret, at der er ca. 60 ansatte i virksomheden. Det var meget vanskeligt, at afgive tilbud vedrørende de ekstra tømninger, idet antallet heraf ikke var oplyst. Ved kalkulationen måtte man gå ud fra, at man kunne risikere at skulle køre op til 15 – 20 km og retur for at klare en enkelt tømning. Havde man haft en blot tilnærmelsesvis opgivelse af antallet af ekstraordinære tømninger, ville man kunne tage højde herfor, og i et vist omfang gå ud fra, at det ville være muligt også for disse tømningers vedkommende at tilrettelægge en »rute«, således at flere tømninger kunne udføres pr. kørsel.

Ingeniør Helen Buch Dubery, Johansson og Kalstrup A/S, rådgivende ingeniører, har forklaret, at hun var indklagedes rådgiver i forbindelse med udbudet. Der var tale om et fælles udbud for indklagede, Blaabjerg og Varde kommuner. For så vidt angår indklagede, Blåvandshuk Kommune, eksisterede der en opgørelse over, hvor mange ekstraordinære tømninger, der omtrentlig kunne komme på tale. Der fandtes ikke tilsvarende materiale for de to andre kommuner. For at stille tilbudsgiverne lige i relation til alle tre kommuner undlod man i det hele at medtage oplysninger om det eventuelle antal ekstraordinære tømninger i udbudsbetingelserne.

Teknisk assistent Elsebeth Hansen, Blåvandshuk Kommune, har forklaret, at indklagede ikke fra de bydende fik forespørgsler vedrørende antallet af ekstraordinære tømninger. Var sådanne forespørgsler fremkommet, ville der blive udsendt et »rettelsesblad« til alle bydende.

Klagerens anbringender:

Ad påstand 1.

Klageren har gjort gældende, at indklagede har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk.2, ved ikke, hvilket utvivlsomt havde været muligt, at opstille det kriterium eller de kriterier, hvorpå størst vægt ville blive lagt.

Ad påstand 2.

Klageren har gjort gældende, at kriterierne »relevant erfaring, arbejdsmiljø, kvalitet og service« som tildelingskriterier i relation til det »økonomisk mest fordelagtige tilbud« er uegnede. Disse kriterier kan anvendes i en prækvalifikationsrunde, men ikke ved den endelige tildeling. Indklagede har dermed krænket Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36. Kriteriet »arbejdsmiljø« er så ubestemt, at det ikke kan anvendes.

Ad påstande 3.

Klageren har gjort gældende, at indklagede har krænket forbudet om forskelsbehandling i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2. Det kan lægges til grund, at kun en af tilbudsgiverne, nemlig den tidligere entreprenør, havde viden om, hvor mange ekstra ordinære tømninger, der kunne komme på tale. De øvrige tilbudsgivere, herunder klageren måtte på rent skønsmæssigt grundlag afgive tilbud på dette punkt. Den af indklagede på dette felt begåede fejl må betragtes som grov, fordi der forelå oplysninger herom.

Ad påstande 4.

Klageren har gjort gældende, at de af indklagede begåede overtrædelser af Tjenesteydelsesdirektivet er så alvorlige, at de bør føre til, at det skete udbud annulleres for så vidt angår Blåvandshuk Kommune eller dog i det mindste således, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 5, annullerer indklagedes beslutning om, at indgå aftale med Blåvand Kloakservice. Så vidt det ses, var indklagedes reelle tildelingskriterium »laveste pris«, men dette fremgår, hverken af udbudsbekendtgørelsen eller af udbudsbetingelserne.

Indklagedes anbringender:

Ad påstand 1-3.

Indklagede har til støtte for påstanden om, at klagen ikke tages til følge, i det hele bestridt på nogen måde at have krænket Tjenesteydelsesdirektivet. Der er i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne alene anvendt sådanne saglige og objektive kriterier, at det for de bydende var åbenbart, at indklagede ville udvælge det, sagligt set, økonomisk mest fordelagtige tilbud. Såfremt nogen af de bydende, herunder klageren måtte have ønsket yderligere faktiske oplysninger, man måtte mene var af betydning for det tilbud, man ville afgive, kunne sådanne oplysninger, f.eks. det omtrentlige antal af ekstra tømninger være blevet oplyst. Den efterfølgende vurdering, der er sket og som fremgår af vurderingsskemaet, er sket på basis af de tildelingskriterier, der er gældende for dette udbud.

Ad påstand 4.

For så vidt angår klagerens påstand 4 om annulation har indklagede særligt gjort gældende, at et fornyet udbud næppe ville føre til, at klageren kunne

forvente at få opgaven tildelt, idet klageren næppe ville være i stand til at præstere »det økonomisk mest fordelagtige« tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Foreløbigt bemærkes, at udbudsbekendtgørelsen og de hertil hørende udbudsbetingelser i det hele er uhensigtsmæssigt formulerede, såfremt det økonomisk mest fordelagtige tilbud skulle fremkaldes. Det er således kritisabelt, at antallet af ekstra tømninger ikke var oplyst, og at det ikke var oplyst, at der konkurreredes på den samlede pris for disse og for de ordinære tømninger.

Ad påstand 1.

Det fremgår af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, jf. stk. 1, litra a, at en offentlig udbyder, der har valgt at tildele ordren til den tilbudsgiver, der har afgivet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, ved offentliggørelsen af underkriterierne så vidt muligt skal anføre disse i prioriteret orden. Det følger af denne bestemmelse, at en offentlig udbyder efter en saglig vurdering af den udbudte tjenesteydelse må tage stilling til, om det er muligt at opstille underkriterierne i prioriteret rækkefølge. Under hensyn til tjenesteydelsens beskaffenhed og de oplysninger, der under sagen er fremkommet om vægtningen af underkriterierne ved indklagedes vurdering af tilbuddene, lægges det til grund, at indklagede efter en saglig vurdering på tidspunktet for offentliggørelsen af underkriterierne havde mulighed for at anføre disse i prioriteret orden. Med denne begrundelse tages påstand 1 herefter til følge.

Ad påstand 2.

Underkriteriet »relevant erfaring« er ikke et kriterium, der er egnet til at udskille »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, men derimod anvendeligt ved vurderingen af, hvilke virksomheder der bør have adgang til at afgive tilbud (prækvalifikation). For så vidt angår underkriterierne »arbejds miljø, kvalitet og service« vedrører disse egenskaber ved den udbudte ydelse og er dermed generelt egnede som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Klagenævnet har ikke fundet anledning til at foretage en egentlig undersøgelse af de nævnte underkriteriers konkrete egnethed til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Under hensyn hertil og som sagen i øvrigt foreligger oplyst for Klagenæv-

net, findes der ikke tilstrækkeligt grundlag for på forhånd at udelukke, at de nævnte underkriterier i den konkrete sag kunne være egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagers påstand 2 tages herefter til følge for så vidt angår underkriteriet »relevant erfaring«, således at indklagede i dette omfang har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36.

Ad påstand 3.

Det må efter det oplyste lægges til grund, at indklagede havde viden om antallet af ekstraordinære tømninger, at indklagede hidtidige entreprenør havde samme viden, og at disse oplysninger ikke blev medtaget i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne. Herved har indklagede favoriseret en af de bydende i forhold til de øvrige og dermed krænket Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, om forbud mod forskelsbehandling. Klagerens påstand 3 tages herefter til følge.

Ad påstand 4.

Efter en samlet vurdering af de af indklagede begåede krænkelser af Tjenesteydelsesdirektivet finder Klagenævnet for Udbud det rettest i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 1, at anse indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Blåvand Kloakservice som ulovlig og derfor annullere denne beslutning. Klagerens påstand 4 tages i dette omfang til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Blåvandshuk Kommune har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 ved

at anvende et andet tildelingskriterium end bekendtgjort i udbudsbekendtgørelsen,

at anvende kriteriet »relevant erfaring« som tildelingskriterium uanset dette ikke er egnet til at udskille det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede har endvidere overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved at forholde relevante, tilgængelige oplysninger for klageren.

Den af indklagede, Blåvandshuk Kommune den 14. december 1999 truffe beslutning om at indgå kontrakt med Blåvand Kloakservice annulleres som ulovlig.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales.

A.F. Wehner

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig