

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Helle Bøjen Larsen, Wayne Jensen)

J.nr.: 00-179.957

27. april 2001

K E N D E L S E

Dansk Transport og Logistik
(selv)

mod

Nykøbing Falster Kommune
(advokat Klaus Døssing, Nykøbing Falster)

Ved udbudsbekendtgørelse af 16. februar 2000, sagens bilag 1, udbød Nykøbing Falster Kommune som offentligt udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet) affaldsbortskaffelse i kommunen. Tjenesteydelsen er i udbudsbekendtgørelsen nærmere beskrevet som indsamling og transport af dagrenovation m.m. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige på grundlag af nogle underkriterier.

Den 27. september 2000 indgav klageren, Dansk Transport og Logistik (DTL), klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Nykøbing Falster Kommune (kommunen). Klagen har været behandlet på et møde 9. februar 2001.

Der indkom tilbud fra 4 tilbudsgivere, herunder fra kommunens renovationsafdeling. Kommunens rådgiver, Carl Bro A/S, vurderede tilbudet fra kommunens renovationsafdeling som det økonomisk mest fordelagtige, og kommunen antog herefter renovationsafdelingens tilbud.

Klageren (DTL) har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal konstatere, at kommunen har overtrådt EU-udbudsreglerne ved ikke i forbindelse med udbudet at oplyse, at der ville blive afgivet et kontroltilbud, og ved ikke at tage forbehold om annulation af udbudet, hvis kontroltilbudet viste sig at blive det økonomisk mest fordelagtige.

Påstand 2.

Klagenævnet skal konstatere, at kommunen har overtrådt EU's ligebehandlingsprincip og Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved at forhandle med kommunens renovationsafdeling om dennes tilbud.

Påstand 3.

Klagenævnet skal konstatere, at kommunen har overtrådt EU's ligebehandlingsprincip og Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved at forhandle med kommunens renovationsafdeling om en lokaloverenskomst og antallet af og vilkårene for 15 ansatte omfattet af udbudsbetingelserne før byrådets afgørelse af udbudet.

Påstand 4.

Klagenævnet skal konstatere, at kommunen har overtrådt EU's ligebehandlingsprincip og Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved at tage en række oplysninger om kommunens renovationsafdeling i betragtning, selv om disse oplysninger ikke var blevet meddelt i forbindelse med renovationsafdelingens tilbud.

Påstand 5.

Klagenævnet skal konstatere, at kommunen har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, ved ikke inden den i denne bestemmelse foreskrevne frist efter anmodning at give tilbudsgiveren Renoflex A/S begrundelse i overensstemmelse med bestemmelsen for, at denne tilbudsgivers tilbud ikke var antaget.

Påstand 6.

Klagenævnet skal konstatere, at kommunen har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 ved i udbudsbetingelserne at anvende underkriteriet

»Hensyn til arbejdsmiljø«, uanset at dette underkriterium ikke var nævnt i udbudsbekendtgørelsen.

Påstand 7.

Klagenævnet skal konstatere, at kommunen har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 ved i udbudsbekendtgørelsen at anvende underkriteriet »miljøforhold« og i stedet i udbudsbetingelserne at anvende underkriteriet »Hensyn til det omgivende miljø«.

Påstand 8.

Klagenævnet skal annullere kommunens beslutning om at tildele entreprisen til kommunens renovationsafdeling.

Kommunen har erkendt rigtigheden af påstand 5, men har i øvrigt nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Der er fremlagt et antal bilag.

Der er afgivet forklaring af fungerende teknisk chef hos kommunen Flemming Rasmussen og af ingeniør Kim L. Røgen, Carl Bro A/S.

Sagens omstændigheder er i hovedtræk:

På et tidspunkt nedsatte kommunen en styregruppe i samarbejde med Carl Bro A/S med henblik på analyse af en rationalisering af kommunens renovationsafdeling, og denne analyse blev efter det oplyste foretaget.

Derefter nedsatte kommunen en anden styregruppe til at varetage det udbud, som sagen angår. Renovationsafdelingen afgav tilbud i henhold til udbudet, og der var efter det oplyste ikke kontakt mellem styregruppen og renovationsafdelingen i den anledning.

Efter at tilbudene var indgået, holdt Carl Bro A/S efter det oplyste møder med nogle af tilbudsgiverne, herunder renovationsafdelingen. På mødet med renovationsafdelingen stillede Carl Bro A/S forskellige spørgsmål, om hvilke poster der indgik i tilbudssummen m.m., sagens bilag N.

Carl Bro A/S udfærdigede derefter et notat om tilbudene, sagens bilag H. I notatet tillagdes der renovationsafdelingens tilbudspris et beløb som følge af, at der ikke i renovationsafdelingens tilbud var indregnet udgift til anskaffelse af containere, og som følge af, at renovationsafdelingen kunne

overtage den eksisterende bilpark via en mellemregning. Renovationsafdelingens tilbudspris var den laveste også efter korrektionen, og Carl Bro A/S konkluderede i notatet, at renovationsafdelingens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige.

Efter at kommunens udvalg for teknik og miljø havde bedt om en yderligere vurdering af tilbudene, udfærdigede Carl Bro A/S et supplerende notat, sagens bilag J.

Kommunens økonomiudvalg vedtog derefter at antage renovationsafdelingens tilbud, jf. sagens bilag M. Dette blev meddelt offentligheden ved en pressemeddelelse af 15. august 2000, sagens bilag 5, gående ud på, at kommunen havde vedtaget at forkaste tilbudene fra de eksterne tilbudsgivere og fortsætte den kommunale renovationsordning.

Parterne har skriftligt og mundtlig redegjort for deres synspunkter.

DTL's hovedsynspunkter går ud på: Kommunen har reelt behandlet sagen, som om man indhentede et kontroltilbud fra renovationsafdelingen i overensstemmelse med de almindelige danske regler om kontroltilbud. Man gav imidlertid ikke de andre tilbudsgivere oplysning herom, så de kunne indrette sig på det. Desuden har man favoriseret renovationsafdelingen på en række punkter, dvs. ved at indhente oplysninger fra den i strid med EU's forhandlingsforbud og ved at ændre dens tilbud m.m. I stedet for den valgte fremgangsmåde burde kommunen have indhentet et kontroltilbud fra renovationsafdelingen i overensstemmelse med reglerne om kontroltilbud.

Kommunens hovedsynspunkter går ud på: Man har reelt indhentet et kontroltilbud fra renovationsafdelingen, hvilket netop er, hvad man efter DTL's synspunkt skulle gøre. Kommunen har ikke haft pligt til at oplyse herom. Endvidere har kommunen behandlet tilbudet fra renovationsafdelingen helt sobert og på lige fod med de øvrige tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Generelt ad påstandene 1-4.

Kernen i disse klagepunkter er, at kommunen efter DTL's opfattelse har favoriseret renovationsafdelingen på forskellig måde i strid med EU's ligebehandlingsprincip.

Når en udbyder lader en afdeling hos udbyderen selv afgive tilbud i henhold til et EU-udbud, kan det tænkes, at udbyderen ved udbudets gennemførelse og tildelingsbeslutningen favoriserer den pågældende afdeling på en måde, der ville være i strid med EU's ligebehandlingsprincip, hvis afdelingen var en ekstern udbyder.

Det kunne endvidere tænkes, at en sådan favorisering er i strid med EU's ligebehandlingsprincip, også uanset at den er sket til fordel for en afdeling hos udbyderen og dermed til fordel for udbyderen selv. På dette punkt er der dog fremkommet forskellige synspunkter under Klagenævnets overvejelser om sagen og drøftelser af den, og spørgsmålet må karakteriseres som tvivlsomt.

Klagenævnet har imidlertid ikke anledning til at tage stilling til det omtalte spørgsmål i den foreliggende sag, allerede fordi Klagenævnet efter sagens oplysninger må lægge til grund, at der ikke ved kommunens beslutning om at tildele renovationsafdelingen opgaven er sket nogen usaglig favorisering af renovationsafdelingen.

Klagenævnet har foretaget en gennemgang af Carl Bro A/S' beregninger af de økonomiske konsekvenser af tilbudene og har ikke herved konstateret nogen usaglighed i vurderingen af renovationsafdelingens tilbud i forhold til de øvrige tilbud. Klagenævnet finder ganske vist, at Carl Bro A/S burde have tillagt renovationsafdelingens tilbudspris et beløb til overflødigt mandskab og et beløb til udskiftning af minicontainere, men det er Klagenævnets vurdering, at renovationsafdelingens tilbudspris ville have været den laveste selv efter tillæg af disse udgifter.

Realiteten i kommunens antagelse af renovationsafdelingens tilbud var derfor, at kommunen annullerede udbudet, fordi den havde konstateret, at den selv kunne udføre opgaven til en lavere pris end de eksterne tilbudsgivere. En annulation af et udbud med en sådan begrundelse er saglig og dermed ikke i strid med EU-udbudsreglerne.

Det centrale bag påstandene 1-4 synes i øvrigt at være, at kommunen efter DTL's opfattelse er erstatningsansvarlig over for de eksterne tilbudsgivere, fordi kommunen ikke fra begyndelsen oplyste om, at der ville blive afgivet et internt tilbud, således at kommunen ikke gav de eksterne tilbudsgivere mulighed for forholde sig til, om de desuagtet ville afholde udgifterne til udarbejdelse af tilbud. Klagenævnet kan imidlertid ikke tage stilling til dette spørgsmål, i hvert fald ikke på grundlag af de nedlagte påstande og parternes procedure.

Klagenævnet bemærker herefter om de enkelte påstande:

Ad påstand 1.

Der ses ikke at foreligge en overtrædelse af EU-udbudsreglerne på dette punkt, og DTL har heller ikke angivet, hvilken eller hvilke af EU-udbudsreglerne der skulle være overtrådt. Påstanden tages herefter ikke til følge.

Det bemærkes herved, at EU-udbudsreglerne ikke stiller krav om, at et internt tilbud skal indhentes i overensstemmelse med de danske regler om kontroltilbud, og at overtrædelser af disse regler ikke hører under Klagenævnets kompetence.

Ad påstand 2 og påstand 4.

Carl Bro A/S' møde med renovationsafdelingen efter tilbudenens modtagelse med henblik på renovationsafdelingens besvarelse af en række spørgsmål om tilbudsprisens sammensætning ville muligvis have været en overtrædelse af det EU-retlige forhandlingsforbud, hvis renovationsafdelingen havde været en ekstern tilbudsgiver, og ville for så vidt muligvis have været en overtrædelse af EU's ligebehandlingsprincip og Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2. Som ovenfor nævnt er det imidlertid tvivlsomt, om EU's ligebehandlingsprincip og dermed EU's forhandlingsforbud har betydning i forholdet mellem en udbyder og en afdeling hos udbyderen selv, og der er som ligeledes ovenfor nævnt ikke sket nogen favorisering af renovationsafdelingen ved tildelingsbeslutningen.

Herefter, og da der ikke er oplyst andet, der skulle kunne udgøre en overtrædelse af forhandlingsforbudet, ligebehandlingsprincippet eller Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, tages disse påstande ikke til følge.

Ad påstand 3.

Der er ikke fremkommet noget nærmere på dette punkt, og der er i det hele ikke oplyst grundlag for at tage påstanden til følge.

Ad påstand 5.

Klagenævnet konstaterer i overensstemmelse med kommunens erkendelse, at kommunen har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet som beskrevet i påstanden.

Ad påstand 6 og 7.

I udbudsbekendtgørelsen, sagens bilag 1, angaves »miljøforhold« som underkriterium til tildelingskriteriet. Dette underkriterium var ikke gentaget i udbudsbetingelserne, sagens bilag 2, idet der i udbudsbetingelserne i stedet blev anvendt underkriterierne »Hensyn til arbejdsmiljø« og »Hensyn til det omgivende miljø«.

Hvis en udbyder af et EU-udbud vælger at angive tildelingskriteriet, herunder underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, i både udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, skal angivelsen principielt være ens. Dette må følge af almindelige regler om udbyders pligt til at foretage en klar og nøjagtig beskrivelse af det udbudte og af det EU-retlige gennemsigtighedsprincip.

Den omtalte forskel i det udbud, som sagen angår, mellem angivelsen af underkriterierne i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne ses imidlertid ikke at have medført nogen uklarhed, idet det må være klart, at udtrykket »miljøforhold« i udbudsbetingelserne er et overbegreb til udtrykkene »Hensyn til arbejdsmiljø« og »Hensyn til det omgivende miljø« i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet finder herefter ikke grundlag for at tage disse påstande til følge.

Ad påstand 8.

Klagenævnet finder i det fremkomne intet grundlag for at annullere kommunens beslutning om at tildele entreprisen til kommunens renovationsafdeling.

Påstanden tages således ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 5.

Indklagede, Nykøbing Falster Kommune har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, ved ikke inden den i denne bestemmelse foreskrevne frist efter anmodning at give tilbudsgiveren Renoflex A/S begrund-

delse i overensstemmelse med bestemmelsen for, at denne tilbudsgivers tilbud ikke var antaget.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstandene 1-4 og påstandene 6-8.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig