

K E N D E L S E

CT Renovation ved Thorkild Steen Jensen
(advokat Lauge Fastrup, Thisted)

mod

4-S Skive-Egnens Renovationsselskab I/S
(advokat Jeppe L. Jepsen, Skive)

Ved udbudsbekendtgørelse af 11. september 2006 udbød 4-S Skive Egnens Renovationsselskab I/S som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet) 2 delentrepriser vedrørende husstandsindsamling af papir i containere i hele Ny Skive Kommune i en 4-årig (henholdsvis 2-årig) periode med start den 1. januar 2007 (henholdsvis 1. januar 2009) og med mulighed for forlængelse i 2 år.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 3. november 2006 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. JoMa Lyby A/S
2. CT Renovation ved Thorkild Steen Jensen
3. Melgaard Miljø og Genbrug A/S
4. Nykøbing Dag og Industrirenovation ved Bjørn Filtenborg

Den 6. november 2006 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Bjørn Filtenborg vedrørende begge entrepriser, og kontrakt blev herefter indgået den 20. december 2006.

Den 30. januar 2007 indgav klageren, CT Renovation ved Thorkild Steen Jensen, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, 4-S Skive-

Egnens Renovationsselskab I/S. Klagen har været behandlet på et møde den 17. april 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1a og 1 b

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning med den begrundelse,

(1a) at tilbudet ikke er vedlagt serviceattest, og

(1b) at det ikke er vedlagt erklæring vedrørende de sidste 3 års omsætning og omsætning for tilsvarende ydelser.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsdirektivets artikel 53 ved i forbindelse med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« ud over pris at fastsætte følgende underkriterier: 1. høj service, 2. driftssikkerhed, 3. arbejdsmiljø, 4. et vist lokalt kendskab og 5. renovationsvogne nær kommunen til løsning af akutte problemer, idet disse kriterier ikke er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 3 og 4, ved ikke at fastsætte de enkelte underkriteriers relative vægt.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at have indgået kontakt med Nykøbing Dag – og Industrirenovation ved Bjørn Filtenborg med den bestemmelse, at kontrakten, »hvis begge parter er enig herom – og efter forhandling, forlænges en gang med op til 2 år«, idet det i udbudsbekendtgørelsen under »Optioner« var fastsat, at »Kontrakten kan forlænges 1 gang for en periode på op til 2 år.«

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 6. november 2006 om at indgå kontrakt med Nykøbing Dag- og Industrirenovation ved Bjørn Filtenborg.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede er et fælleskommunalt interessentskab med Skive, Spøttrup, Sallingsund og Sundsøre kommuner som interessenter. I forbindelse med kommunalreformen blev de 4 kommuner sammenlagt til Ny Skive Kommune med oprettelse af en affaldssektion benævnt Skive renovation 4-S.

I Udbudsbekendtgørelsen af 11. september 2006 beskrives kontrakten således:

- » Husstandsindsamling af papir i hele Ny Skive Kommune med opstart fra 1.01.2007. I de 2 entrepriser er der estimeret knap 16.000 stk 140 l beholder, som skal tømmes hver 6. uge og knap 900 containere (400-800 l), som ligeledes skal tømmes hver 6. uge. Derudover er der ca. 110 stk. 1 m³ container, som skal tømmes hver 2. uge.«

I afsnit II, Kontraktens genstand, er under punkt II.2.2 anført, at »Kontrakten kan forlænges 1 gang for en periode på op til 2 år.«

I afsnit III, Betingelser for deltagelse, er anført:

- » III.2.1) De økonomiske aktørers personlige forhold, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregister:
Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: Erklæring - i form af serviceattest eller tilsvarende - om at entreprenøren/konsortiet ikke er omfattet af de i direktivets artikel 45 nævnte udelukkelsesgrunde.
Gældserklæring i henhold til lov nr. 336 af 13. maj 1997 om begrænsning af skyldners muligheder for at deltage i offentlige udbudsforretninger.
- III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet:
Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:
 1. Seneste års regnskab
 2. Erklæring om den samlede omsætning og omsætningen for tilsvarende tjenesteydelser for de seneste 3 år.

III.2.3) Teknisk kapacitet:

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

1. Referencer fra tilsvarende tjenesteydelser som entreprenøren/konsortiet har forestået gennem de seneste 3 år.
2. Beskrivelse af virksomhedens organisation og sammensætning med oplysninger om kontaktperson.
3. Tilladelse til godskørsel.

III.2.4) Reserverede kontrakter:

Nej.

.....«

Tildelingskriteriet er fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

I udbudsbetingelserne af september 2006 er anført, at indsamlingen af papir udbydes i 2 entrepriser, nemlig daværende Skive/Spøttrup kommuner og daværende Sallingsund/Sundsøre kommuner. Det anføres – under punkt 3, Kontraktens ikrafttræden og løbetid - at kontrakten, »hvis begge parter er enige om det«, kan forlænges en gang med op til 2 år. Der anføres desuden bl.a. følgende:

»9. Tilbudets form

Tilbudet skal være ledsaget af en beskrivelse af det anvendte indsamlingsudstyr og de anvendte indsamlingsskøretøjer med angivelse af fabrikat og type. Tilbudet skal desuden være ledsaget af en beskrivelse af de planlagte arbejdsrutiner/arbejdsoperationer.

Tilbudet skal også være vedlagt en beskrivelse af, hvordan kvaliteten i det daglige arbejde sikres – i form af afhentning til tiden, hurtig mangelfhjælpning, serviceydelser m.m.

Der redegøres for løsning ved mandskabs- og materialemangel og lignende, der kan have betydning for 4-S's valg af tilbud.

Entreprenørens tilbud skal desuden omfatte oplysninger i henhold til udbudsbekendtgørelsens punkt om betingelser for deltagelse DEL III. Herunder erklæring – i form af serviceattest eller tilsvarende – om, at entreprenøren ikke er omfattet af de i direktivet i artikel 45 nævnte udelukkelsesgrunde.

Entreprenøren skal endvidere fremsende følgende minimumsoplysninger ved afgivelse af bud:

- Gældserklæring i henhold til lov nr. 336 af 13. maj 1997 om begrænsning af skyldners muligheder for at deltage i offentlige udbudsforretninger,
- Seneste års regnskab,
- Erklæring om den samlede omsætning og omsætningen for tilsvarende tjenesteydelser i de sidste tre år,
- Referencer fra tilsvarende tjenesteydelser som entreprenøren har forestået gennem de seneste tre år,
- Beskrivelse af virksomhedens organisation og kontaktperson,
- Tilladelse til godskørsel.

Tilbud jf. udbudsmaterialets bestemmelser, skal afgives på tilbudslister, der er vedlagt dette materiale.

.....

Tilbud gives som enkeltpriser pr. tømning af beholdere og containere. Priserne afgives excl. Tilbudslisterne skal være behørigt udfyldt, for at tilbudet anses for gyldigt.

.....

14. Kriterier for valg mellem indkomne tilbud

Ved valg mellem de indkomne tilbud vil der blive lagt vægt på prisen, her under den evt. økonomiske fordel der kan være i forbindelse med valg af en samlet entreprise (80%).

Der vil ligeledes bliver lagt vægt på faktorer om høj service, driftssikkerhed, arbejdsmiljø, et vist lokalt kendskab og at der er renovationsvogne nær kommunen til løsning af akutte problemer (20%).

4-S vil ud fra denne vægtning vælge det økonomisk mest fordelagtige til bud.

.....

15. Gældserklæring

I følge »Lov nr. 336 af 13. maj 1997 om begrænsning af skyldneres muligheder for at deltage i offentlige udbudsforretninger og om ændring af visse andre love« skal tilbudsgiver erklære på tro og love, i hvilket omfang han har ubetalt forfalden gæld til det offentlige.«

Udbudsbekendtgørelsen var vedhæftet tilbudslister samt Tro- og love erklæring til udfyldelse om gæld til det offentlige.

Klagerens tilbud, der ikke var vedlagt serviceattest eller udfyldt Tro- og love erklæring, indeholdt til opfyldelse af Udbudsbetingelsernes punkt 9 følgende:

»Tilbudsliste F:

Evt. Øvrige oplysninger (pkt. 9)

Firmaprofil:

CT Renovation er et enkeltmandsfirma, ejeren er Thorkild Steen Jensen, firmaet har eksisteret siden 1991.

Vi råder p.t. over 4 lastbiler og 5 ansatte.

Ved mandskabs-mangel vil der blive indsat arbejdskraft fra vores ansatte i Thisted som er vant til lignende opgaver.

Ved materiale-mangel vil der blive sat skraldebiler ind fra Thisted«.

Desuden henviste klageren til »Lignende tjenesteydelser« således:

»Lignende tjenesteydelser:

Indsamling af Dagrenovation i Thisted kommune i perioden 1-4-1991 til 31-3-1995

Indsamling af Storskrald i Thisted kommune i perioden 1-10-1992 til 30-9-2003

Indsamling af Storskrald i Thisted kommune i perioden 1-10-2003 til 31-5-2008

Indsamling af Papir, Pap og Flasker fra Genbrugsstationer i Thisted kommune I perioden 1-10-03 til 31-5-2008

Kørsel af Slam fra Renseanlæg i Thisted, Vildsund, Øsløs til Holsted i perioden 1-2-2000 frem til 31-1-2007

Tømning af Glas og Papircontainere i Sallingsund, Skive, Spøttrup og Sundsøre kommune i perioden uge 25/2005 til sidste uge i maj 2008

Div. kran og grab arbejde samt alt vognmandskørsel.«

Endelig har klageren henvist til en Renovatørgodkendelse vedrørende Skovsted Losseplads af 9. marts 1993. Det fremgår heraf, at klageren god-

kendes til indsamling af fast affald, genanvendelige materialer, emballeret olie- og kemikalieaffald samt forurennet jord i Hanstholm, Morsø – Sydthy - og Thisted Kommuner.

Efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 3. november 2006 blev de indkomne tilbud åbnet, registreret og vurderet af 2 medarbejdere fra Skive Renovation 4-S, og der blev udarbejdet en rapport af 6. november 2006. Det fremgår, at tilbudene fra 1. JoMa Lyby A/S og fra klageren blev afvist på grund af manglende serviceattest og manglende erklæring vedrørende de sidste 3 års omsætning for tilsvarende ydelser. Evalueringen af de 2 tilbud, der ikke blev afvist, mandede ud i en beslutning om at tildele begge delentrepriser til 4. Nykøbing Dag og Industrirenovation ved Bjørn Filtenborg.

Det fremgår ligeledes af rapporten, at der ved vurderingen er anvendt et pointsystem, hvor »prisen vægter med 80 %, mens de øvrige 5 kriterier vægter med 20 %«.

Resultatet af evalueringen blev meddelt tilbudsgiverne mundtligt den 6. november og skriftligt den 8. november 2006.

Meddelelsen til klageren havde følgende formulering:

- » Tilbudet er afvist med følgende begrundelse:
 - der er ikke vedlagt serviceattest (udb.bekendtgørelsen DEL III.2.1.)
 - der er ikke vedlagt erklæring vedr. de sidste 3 års omsætning for tilsvarende ydelser – kun den samlede omsætning (udb. Bekendtgørelsen DEL III.2. og udbudsmaterialets pkt. 9)«

Ved brev af 17. november 2006 klagede klageren over beslutningen om at afvise klagerens tilbud. Ved breve af 21. og 29. november 2006 fastholdt indklagede sin afgørelse.

Af den kontakt, som herefter den 20. december 2006 blev indgået mellem indklagede og Nykøbing Dag- og industrirenovation ved Bjørn Filtenborg, fremgår bl.a.:

- »Kontrakten træder i kraft den 01.01.2007 vedr. entreprise nr. 1, og den 01.01.2009 vedr. entreprise nr. 2, [og] er gældende i henholdsvis 4 år og 2 år og med udløb yderligere opsigelse den 31.12. 2010.

Kontrakten kan, hvis begge parter er enige herom – og efter forhandling, forlænges en gang med op til 2 år.

.....«

Thorkild Steen Jensen har bl.a. forklaret, at hans virksomhed håndterer alle former for affald. Han har tidligere samarbejdet med Skive Kommune og har vundet en licitation vedrørende flasker og papir. Der var dog ikke tale om et EU-udbud. Også de kontrakter, han i tidens løb har indgået, viser forudsætningsvis, at han opfylder alle de stillede krav. Han er meget godt kendt i området.

Svend Pedersen, indklagede, har bl.a. forklaret, at man ved vurderingen af de underkriterier, der tilsammen skulle vægte 20 %, opererede med et maksimum på 5 point for hvert underkriterium. Sammenlagt kunne derfor gives 25 point. Efterfølgende har man så omregnet til procent, som det fremgår af evalueringsrapporten. Den sønderjyske tilbudsgiver, Melgaard Miljø og Genbrug A/S, kunne naturligvis ikke opnå maksimumpoint for underkriteriet vedrørende lokalkendskab.

Parternes anbringender

Ad påstand 1a og 1b

Klageren har gjort gældende, at at der i udbudsbetingelserne alene er fastsat krav om, at tilbudet skal vedlægges serviceattest *eller tilsvarende*. Der er således ikke fastsat noget krav om, hvor gamle oplysningerne må være, at de skal fremlægges i en bestemt form eller hidrøre fra en bestemt myndighed. Det fremgår forudsætningsvis af Renovatørgodkendelsen af 9. marts 1993, at klageren opfylder dokumentationskravene i henhold til serviceattesten. De kontrakter, der er omfattet af godkendelsen, løber stadig, hvilket ligeledes forudsætter, at klageren aktuelt opfylder betingelserne. Endelig kan det af de revisorattesterede årsrapporter udledes, at klageren ikke er under konkurs eller har udeståender med det offentlige. Klageren har endvidere gjort gældende, at virksomhedens seneste årsrapport er vedlagt tilbudet. Heraf fremgår omsætningstallene fra perioden 2001-2005, ligesom det fremgår, at klageren alene driver *tilsvarende* virksomhed. Indklagede har derfor handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning med de givne begrundelser.

Indklagede har gjort gældende, at den vedlagte Renovatørgodkendelse ikke kan erstatte den fordrede serviceattest. Klagerens tilbud indeholdt ikke en opgørelse af de sidste 3 års omsætning vedrørende tilsvarende indsamlinger som det udbudte. Der var kun vedlagt erklæring vedrørende den samlede omsætning. Indklagede har derfor med rette set bort fra klagerens tilbud.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at de fastsatte underkriterier – bortset fra prisen – er så vage og upræcise, at de ikke er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det gælder navnlig underkriterierne »høj service«, »et vist lokalt kendskab« og »renovationsvogne nær kommunen til løsning af akutte problemer«. Klageren har henvist til Klagenævnets kendelse af 27. februar 2002.

Indklagede har gjort gældende, at de fastsatte underkriterier er egnede til at identificere det »økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Det er vigtigt, at der udarbejdes kørselsruter ud fra et nøjagtigt kendskab til lokalområdet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at de enkelte underkriteriers relative vægt ikke fremgår af udbudsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende, at den relative vægt fremgår.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at beslutte at indgå kontrakt med Bjørn Filtenborg med en bindingsperiode, der er 2 år kortere end det udbudte.

Indklagede har gjort gældende, at kontraktens bestemmelse om, at optionen kan udnyttes, »hvis begge parter er enige herom og efter forhandling...«, ikke er nogen begunstigelse af den vindende tilbudsgiver. Det er udbyderen, der suverænt afgør, om man ønsker at udnytte en option. Bestemmelsen er næsten identisk med det, der står i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet på grund af de begåede fejl skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Nykøbing Dag – og Industrirenovation ved Bjørn Filtenborg.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1a og 1b

I udbudsbekendtgørelsen er der fastsat krav om, at tilbudene vedlægges erklæring – i form af serviceattest eller tilsvarende - om, at de i artikel 45 nævnte udelukkelsesgrunde ikke foreligger. Klageren har ikke vedlagt serviceerklæring fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden erklæring, der blot tilnærmelsesvis kan antages at træde i stedet herfor. Det bemærkes i øvrigt, at klageren end ikke har vedlagt den Tro- og love erklæring, som også var krævet. Det har derfor været berettiget at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning med den begrundelse, at det ikke var vedlagt serviceattest. Påstand 1a tages derfor ikke til følge.

Klagerens tilbud var vedlagt årsrapport, der indeholder oversigt over klagerens samlede omsætningen for de sidste 5 år. Det fremgår af samme årsrapport, at klageren alene leverer ydelser, der må karakteriseres som »tilsvarende tjenesteydelser« i forhold til den udbudte papirindsamling. På denne baggrund har det ikke været berettiget at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning med den begrundelse, at tilbudet ikke var vedlagt erklæring vedrørende de sidste 3 års omsætning og omsætning for tilsvarende ydelser. Påstand 1b tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har – ud over prisen – fastsat 5 underkriterier til tildelingskriteriet »Det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. At under-

kriteriet »service« er betegnet som »høj service« er ikke en overtrædelse af direktivet, ligesom underkriteriet »renovationsvogne nær kommunen til løsning af akutte problemer« ikke er det. Det medfører heller ikke – som hævdet af klageren – usikkerhed, at indklagede har valgt at anvende underkriteriet »et vist lokalt kendskab«. Derimod er underkriteriet »lokalt kendskab« udtryk for en diskrimination, der ikke er begrundet af saglige hensyn. Med denne begrænsning tages påstanden til følge.

Ad påstand 3

Indklagede har i Udbudsbetingelserne fastsat, at underkriteriet »pris« vægter med 80 %, og at de 5 øvrige underkriterier tilsammen vægter med 20 %. Dette må naturligt forstås som, at de 5 kriterier er sideordnede, og ved vurderingen af tilbudene er indklagede da også gået frem i overensstemmelse hermed.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Indklagede har iværksat offentligt udbud af den omhandlede tjenesteydelse i 2 delentrepriser gældende for henholdsvis en 4-årig og en 2-årig periode med option på forlængelse for en periode på op til 2 år. Heri ligger, at tilbudsgiverne er forpligtede til at acceptere en forlængelse af den kontakt, der indgås på grundlag af udbudet, i op til 2 år, og i det væsentlige på de samme vilkår, som gjaldt i denne kontrakt. Det er således ikke muligt for tilbudsgiverne at nægte at forlænge kontrakten i optionsperioden. De øvrige tilbudsgivere må antages at have afgivet deres tilbud ud fra denne forudsætning, og bestemmelsen i kontakten med Nykøbing Dag- og Industrirenovation ved Bjørn Filtenborg om, at kontakten kan forlænges, »hvis begge parter er enige herom – og efter forhandling«, er således i strid med EU-udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet. Det bemærkes, at det ligeledes er i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og gennemsigtighedsprincippet ikke at fastsætte enslydende krav i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 5

Klagenævnet finder ikke tilstrækkeligt grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Nykøbing Dag- og Industrirenovation ved Bjørn Filtenborg.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1b

Indklagede har handlet i strid med EU-udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at undlade at tage klageren tilbud i betragtning med den begrundelse, at det ikke var vedlagt erklæring vedrørende de sidste 3 års omsætning og omsætning for tilsvarende ydelser.

Påstand 2

Indklagede har handlet i strid med EU-udbudsdirektivets artikel 53 ved i forbindelse med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at fastsætte underkriteriet »lokalt kendskab«.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med EU-udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved at indgå kontakt med Nykøbing Dag – og Industrirenovation ved Bjørn Filtenborg med den bestemmelse, at »kontakten kan, hvis begge parter er enige herom – og efter forhandling, forlænges en gang med op til 2 år«.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1a, påstand 3 og påstand 5.

Indklagede, 4-S Skive-Egnens Renovationsselskab I/S, skal i sagsomkostninger til klageren, CT Renovation ved Thorkild Steen Jensen, betale 8.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig