

K E N D E L S E

Råstof og Genanvendelse Selskabet af 1990 A/S
(selv)

mod

Århus Kommune
(advokat Tina Braad, Århus)

Klageren, Råstof og Genanvendelse Selskabet af 1990 A/S, i det følgende RGS 90 A/S, har for indklagede, Århus kommune, Vand og Spildevand, siden 1998 forestået transport og slutdisponering af spildevandsslam fra Marselisborg Renseanlæg.

Den 21. december 2006 opsigde klageren med det i kontrakten fastsatte varsel aftalen til udløb den 31. december 2007.

Indklagede iværksatte som begrænset udbud efter Udbudsdirektivet opgaven med transport og slutdisponering af slam. Ved udløbet af fristen for indgivelse af ansøgning om prækvalifikation den 1. marts 2007 havde indklagede ikke modtaget et tilstrækkeligt antal ansøgninger om prækvalifikation, som opfyldte udvælgelsesbetingelserne til at sikre en effektiv konkurrence, hvorfor indklagede valgte at annullere udbudet.

Dette blev meddelt ved brev af 8. marts 2007, hvori der blandt andet anføres:

»Vi... håber at De også vil være interesseret i at deltage ved et fornyet udbud af opgaven.....

Vi returnerer vedlagt det indsendte materiale.

.....«

Ved udbudsbekendtgørelse af 12. marts 2007 udbød Århus Kommune som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjene-

steydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet), en tjenesteydelse vedrørende transport og slutdisponering af spildevandsslam fra Marselisborg Renseanlæg, ca. 10.000 tons pr. år. Kontraktens varighed var 1. januar 2008-31. december 2011.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 11. april 2007 havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Komtek Miljø A/S
2. Solum A/S
3. Hede Danmark A/S
4. Overgaard Gods A/S

Den 16. maj 2007 indgav klageren, RGS 90 A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Århus Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse den 16. maj 2007 anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 4. juni 2007 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 10. august 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at prækvalificere klageren, uanset klagerens anmodning om prækvalifikation blev modtaget efter udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation, idet indklagede, ved ikke at tilbagesende prækvalifikationsmateriale fra det forudgående annullerede udbud samt som følge af realitetsforhandlinger i perioden før udløbet af fristen for prækvalifikation mellem indklagede og klageren vedrørende spørgsmålet om prækvalifikation, var forpligtet til at prækvalificere klageren.

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

I udbudsbekendtgørelsen offentliggjort i EF-Tidende den 12. marts 2007 anføres, at fristen for ansøgning om deltagelse var den 11. april 2007.

Klageren abonnerer på et udklipsbureau og har fra dette modtaget en annonce, hvorefter fristen for at ansøge om deltagelse var den 11. april 2007 00:00:00.

Den 2. april 2007 afgav klageren overfor indklagedes rådgiver sålydende:

»Erklæring om RGS 90 A/S selskabsretlige status:

..... Jeg kan i min egenskab som direktør bekræfte, at RGS 90 A/S også efter det er blevet købt af DSV Miljø A/S, rent juridisk er et selvstændigt selskab med eget CVR. nr. og bestyrelse. Som dokumentation herfor vedlægger jeg de første tre sider af en udskrift fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen genereret dags dato og hvor det bl. a. fremgår at selskabets status er normal.

.....«

Den 11. april 2007 kl. 14.27 meddelte indklagedes rådgiver klageren pr. mail:

»Vi har modtaget en henvendelse fra jeres direktør... vedrørende RGS 90 A/S selskabsretlige status. I den forbindelse vil jeg erindre om, at vi ikke har modtaget en anmodning om prækvalifikation fra RGS 90 A/S vedrørende ovennævnte udbud.

Det tidligere annoncerede udbud på opgaven blev aflyst og fremsendt materiale returneret.

.....«

I henhold til brev dateret 10. april 2007 modtaget den 12. april 2007 hos indklagedes rådgiver ansøgte klageren om prækvalifikation. I brevet anfører klageren blandt andet »Vi tillader os at henvise til allerede fremsendt materiale i forbindelse med den annullerede licitation«

Indklagedes rådgiver meddelte den 18. april 2007 klageren, at klageren ikke ville blive opfordret til at afgive tilbud, idet anmodning om deltagelse først blev modtaget efter udløb af den i udbudsbekendtgørelsen fastsatte frist.

Den 23. april 2007 meddelte indklagedes rådgiver klageren:

»I forlængelse af telefonsamtale med Torben Ivarsson i sidste uge kan vi bekræfte, at anmodningen fra RGS 90 A/S om prækvalifikation ... er afvist på grund af, at den formelle anmodning om deltagelse i udbuddet

først blev modtaget efter udløb af den i bekendtgørelsen fastsatte tidsfrist ...«

I et udateret brev meddelte Torben Ivarsson indklagedes rådgiver:

»..... at din mail af g. d. virker meget uforståelig.
 Det er uomtvisteligt, at I ikke har returneret indsendt materiale, selvom I hævder det.....
 Det er også klart, at indklagedes rådgiver/indklagede har stillet RGS 90 A/S mundtlige spørgsmål om hvilken juridisk person, der egentlig anmoder om prækvalifikation.
 Altså må vi helt klart opfatte det således, at der allerede er indledt en realitetsbehandling af vores anmodning. Da RGS 90 A/S som bekendt har udført den udbudte opgave siden 1999, er det vel naturligt at vi er prækvalificeret, men med ovenfor anførte usikkerhed, som vores brev af 2. april 2007 burde have afklaret.
«

Den 7. maj 2007 meddelte indklagede klageren:

».....med henvisning til Deres anmodning af 10. april 2007.....
 RGS 90 A/S er ikke blevet prækvalificeret til at afgive tilbud på opgaven, fordi anmodningen om deltagelse først blev modtaget efter udløb af den i udbudsbekendtgørelsen fastsatte frist.

 Endelig skal det for god ordens skyld oplyses, at selv om anmodningen om deltagelse var modtaget rettidigt var RGS 90 A/S ikke blevet prækvalificeret til at afgive tilbud. Det fremgår af RGS 90 A/S brev af 10. april 2007 at Carbogrit-fabrikken er sat til salg og at opgaven i tilfælde af en tildeling ikke skal udføres af RGS 90 og som følge heraf har Århus kommune ikke mulighed for at vurdere om en eventuel fremtidig køber kan løse opgaven.
«

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 18. april 2007 til virksomhederne 1-4. Samtidig modtog klageren meddelelse om, at klagerens anmodning om prækvalifikation ikke var modtaget inden for den anførte frist, og at klageren derfor ikke var blevet prækvalificeret.

Torben Ivarsson, salgschef hos klageren, har forklaret, at det selskab, der købte klageren, ikke ville fortsætte klagerens virksomhed med produktion af Carbogrit, hvorfor denne del af virksomheden blev sat til salg. Køberne

blev dog overbevist om, at det ville være en fordel at sælge virksomheden som »going concern«, hvorfor klageren anmodede om at blive prækvalificeret i forbindelse med indklagedes første begrænsede udbud. Hvis klageren var blevet prækvalificeret og senere havde fået opgaven tildelt, kunne klageren være blevet tvunget til at fortsætte opgaven, indtil salg fandt sted. Brevet af 10. april 2007 til indklagede blev også sendt pr. fax og mail, hvilket han dog ikke kan godtgøre. Han gik ud fra, at fristen for at anmode om prækvalifikation var udløbet, da klageren modtog indklagedes mail den 11. april om eftermiddagen.

Kurt Hansen, projektleder hos indklagede har forklaret, at det første udbud blev annulleret, fordi nogle af ansøgerne om prækvalifikation ikke overholdt de betingelser, der i udbudsbekendtgørelsen var fastsat for udvælgelse, hvorfor de ikke kunne prækvalificeres. Han havde kontakt til hver enkelt virksomhed og forklarede, hvorfor det første udbud blev annulleret. Dette var med henblik at hjælpe virksomhederne og navnlig for at indskærpe, at alt materiale skulle modtages rettidigt. Han havde også kontakt til Ivarsson, og han meddelte Ivarsson, at RGS 90 A/S ikke ville blive prækvalificeret, idet han havde fået oplyst, at RGS 90 A/S ikke ønskede at fortsætte sin virksomhed. Indklagede kunne derfor ikke vurdere den nye ejer.

Torben Ottosen, ansat hos indklagedes rådgiver har forklaret, at det er en fejl, når der i brevet til klageren står, at det indsendte materiale blev returneret. Fra klageren havde indklagede i forbindelse med det første udbud kun modtaget mails og telefaxer, og dette materiale blev ikke returneret til ansøgerne. Kun virksomhedernes eget materiale herunder mapper blev returneret. Da klageren havde modtaget brevet, blev han telefonisk kontaktet af en sekretær hos klageren, der sagde, at materialet ikke var vedlagt. Han svarede, at det skyldtes, at han kun havde telefaxer og mails. Han sagde til sekretæren, at klageren, hvis man søgte om at blive prækvalificeret, kunne henvise til det fremsendte materiale. Han undrede sig over klagerens brev af 2. april 2007 om klagerens selskabsretlige status, idet brevet »hang i luften«. Da han den 11. april 2007 ikke havde modtaget en anmodning fra klageren om at blive prækvalificeret, sendte han en mail til klageren, hvori han gjorde opmærksom på, at han ikke havde modtaget en anmodning om at blive prækvalificeret. Sekretæren, han tidligere havde talt med, ringede. Han gentog, at han skulle have en anmodning om at blive prækvalificeret, hvis klageren ønskede dette. Han tilføjede igen, at klageren kunne henvise til det materiale, som han tidligere havde modtaget. Sekretæren ville tale

med Ivarsson. Han modtog hverken en fax eller en mail om prækvalifikation fra klageren. I mange udbud, hvor han har deltaget, er der ikke blevet fastsat et klokkeslæt, inden hvilket en anmodning om prækvalifikation skal indgives. I tilbudsfasen har der derimod normalt været fastsat et klokkeslæt for seneste tidspunkt, hvor man kan afgive et tilbud.

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at indklagede efter aflysningen af den første udbudsrunde beholdt klagerens dokumenter, og at det på baggrund af klagerens efterfølgende meddelelse til indklagede om klagerens selskabsretlige status må anses for godtgjort, at indklagede foretog en realitetsbedømmelse af klagerens forhold. Indklagede har i hvert fald ved at beholde klagerens dokumenter bibragt klageren den opfattelse, at klageren kunne afgive tilbud på tjenesteydelsen omfattet af udbuddet, ligesom klageren henset til, at han, da indklagedes rådgiver henvendte sig pr. mail for at meddele, at klagerens anmodning om prækvalifikation ikke var modtaget, gik ud fra, at fristen for at melde sig var udløbet, måtte kunne anse sig som prækvalificeret. Af denne grund er det navnlig på baggrund af klagerens brev dateret 10. april 2007 berettiget at anse klageren for prækvalificeret. Også rimelighedsbetragtninger bør føre til, at det ikke var berettiget ikke at prækvalificere klageren.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens anmodning om prækvalifikation ikke blev modtaget rettidigt, idet klagerens anmodning blev modtaget den 12. april 2007. At klageren havde den opfattelse, at fristen for prækvalifikation udløb den 11. april 2007 ved døgnets begyndelse er klagerens risiko. Klageren burde ikke fæste lid til et udklipsbureaus annonce, men derimod finde den af indklagede i EU-Tidende indrykkede annonce. Klageren har ikke berettiget kunnet gå ud fra at være blevet prækvalificeret uden formel begæring, og indklagede har ikke ved sin adfærd givet klageren en berettiget forventning om, at klageren på baggrund af de hos indklagede beroende dokumenter var prækvalificeret.

Klagenævnet udtaler:

Da klageren ikke inden udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation hos indklagede havde afleveret en anmodning om prækvalifikation indeholdende alle de oplysninger, som anmodningen om prækvalifikation efter udbudsbekendtgørelsen skulle indeholde, var indklagede forpligtet til ikke at prækvalificere klageren. Det bemærkes, at det er uden betydning, at der i tiden inden udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation har været kontakt mellem indklagede og klageren, og hvad denne kontakt har drejet sig om.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig