

Tildelingsbeslutningen er efterfølgende annulleret af Rebild Kommune og klagen herefter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Meldgaard Miljø A/S
(advokat Sune Troels Poulsen, Kolding)

mod

Rebild Kommune
(advokat Martin Holmgaard Thomsen, Aalborg)

Intervenient:
Urbaser A/S
(advokat Michael Lund Nørgaard, København)

Klagenævnet har den 5. oktober 2021 modtaget en klage fra Meldgaard Miljø A/S ("Meldgaard Miljø").

Meldgaard Miljø har anmodet om, at klagenævnet tillægges klagen opsættende virkning.

Rebild Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 5, svarskrift med bilag A - C, procesindlæg fra Urbaser A/S, replik og duplik med bilag D - E.

Klagens indhold:

Meldgaard Miljø A/S har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Rebild Kommune har handlet i strid med udbudslovens §§ 160 og 164 samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen og ved at anvende en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Rebild Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, idet Kommunen ikke har angivet det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til Klagers tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Rebild Kommunes beslutning af 14. september 2021 om tildeling af den udbudte kontrakt til Urbaser A/S, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.”

Rebild Kommune har vedrørende påstand 1-3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 6. oktober 2021 meddelt Rebild Kommunes kontrakt-part, Urbaser A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Urbaser A/S har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 11. oktober 2021 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Urbaser A/S intervenserer i sagen til støtte for Rebild Kommune.

Andre oplysninger i sagen:

Rebild Kommune udbød ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 131-347044 af 9. juli 2021 som offentligt udbud en tjenesteydelseskontrakt om indsamling af husholdningsaffald. Udbuddet var opdelt i 2 delaftaler til en samlet anslået værdi af 142 mio. kr. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet, og underkriterierne hertil var i bekendtgørelsen for begge delaftaler anført således:

”Kvalitetskriterium - navn: Opgaveløsning og driftssikkerhed / Vægtning: 30

Kvalitetskriterium - navn: Arbejdsmiljø / Vægtning: 20

Pris - Vægtning: 50”

Fristen for modtagelse af tilbud var fastsat til den 30. august 2021.

Af bilag A til udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”Tildelingskriterium

Kontrakt vil blive tildelt den tilbudsgiver, der afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på *bedste forhold mellem pris og kvalitet*, som vurderes i forhold til nedenstående kriterier og vægtning:

...

Kvalitet

Der evalueres på 2 underparametre, Opgaveløsning og driftssikkerhed samt Arbejdsmiljø. Tilbudsgiver skal udarbejde en skriftlig redegørelse for hver af de 2 kvalitetsparametre:

Opgaveløsning og driftssikkerhed:

Tilbudsgiver skal detaljeret beskrive, hvorledes Tilbudsgiver vil tilrettelægge og løse opgaven med indsamling af affaldsfraktionerne fra de forskellige kundegrupper og hvorledes Tilbudsgiver vil sikre en stabil drift og opfyldelsen af kravet om, at alle distrikter skal færdiggøres hver dag uanset evt. driftsstop. Tilbudsgiver skal herunder bl.a. beskrive, hvordan indsamlingen tilrettelægges, den planlagte bemanning, indsættelse af reservemandskab og reservemateriel og hvordan reservemandskab og reservemateriel sikres, fordeling af tømninger, antal benyttede indsamlingskøretøjer, størrelse (aksler og vægt) og kapacitet på de planlagt benyttede køretøjer (herunder også for biler, der først forventes leveret i forbindelse med entreprisen), angivelse af køretøjernes standplads, fysisk placering af kontorphonale + driftsleder, kvalitetspolitik samt hvorledes ikke-planlagte situationer håndteres.

Arbejdsmiljø:

Tilbudsgiver skal detaljeret beskrive, hvordan Tilbudsgiver sikrer et godt arbejdsmiljø for medarbejderne samt skaber et miljø, der motiverer medarbejderne til at opfylde Ordregivers målsætning for gennemførelse af indsamlingsentreprisen, skaber en vilje til at levere god service og kvalitet samt skaber tilfredse kunder hos Ordregiver.

Tilbudsgiver skal bl.a. beskrive, hvordan oplæring finder sted, uddannelseskursus til medarbejderne, muligheder for efteruddannelse, arbejdsmiljøpolitik og -profil, sager hos Arbejdstilsynet, personalefaciliteter, motivationsprogrammer (ift. arbejdsmiljø, service og kvalitet), forventet normtal for medarbejderne, medbestemmelse, daglig kommunikation om opgaven, adgang til leder, sygefravær og håndtering heraf, håndtering af konflikter og afklaring af spørgsmål.

Stikordene i forbindelse med beskrivelsen af de redegørelser, som Ordregiver ønsker fra Tilbudsgiver, er alene eksempler og ikke udtømmende for Ordregivers opmærksomhedspunkter.

Evalueringsmodel

Der tildeles points/karakterer på en skala fra 1-5. Ved vægtningen beregnes points med 2 decimaler.

Underkriteriet Pris

Den tilbudsgiver, der har tilbudt den laveste pris, tildeles 5 point, og den tilbudsgiver, der har tilbudt en pris, der er 50 % dyrere eller mere end den laveste pris, tildeles 1 point. For Tilbud mellem billigste tilbud og billigste tilbud plus 50 % tildeles point forholdsmæssigt mellem billigste pris og billigste pris plus 50 %.

...

Underkriteriet kvalitet

Begge underkriterier tildeles karakterer efter følgende skala.

Karakter	Gives for
5	Bedst mulige opfyldelse af kriteriet
3	God/meget tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet
2	Middel/tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet
1	Mindre Tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet
0	Dårlig opfyldelse af kriteriet (men konditions-mæssigt tilbud)

På baggrund af karaktererne beregnes points ud fra vægtningen af tildelingskriterierne.

Eksempel

Der er indkommet 3 tilbud, som er konditionsmæssige. Ved evalueringen af tilbuddene er der givet følgende points

	Tilbud 1	Tilbud 2	Tilbud 3
Pris – DKK	14.800.000	16.900.000	23.650.000
Score pris	5,00	3,87	1,00
Karakter for Opgaveløsning og driftssikkerhed	2	5	5
Karakter for Arbejdsmiljø	4	4	3
Vægtet points Pris	2,50	1,94	0,50
Vægtet points Opgaveløsning og driftssikkerhed	0,60	1,50	1,50
Vægtet Points Arbejdsmiljø	0,80	0,80	0,60
Vægtet Points i alt	3,90	4,24	2,60

Tilbud 2 opnår flest points og vinder opgaven trods en merpris på ca. 14 %.”

Af kravspecifikationen fremgår bl.a.:

”3.1. Generelle bestemmelser

Ordregiver ønsker ved gennemførelsen af dette udbud at sikre opfyldelse af 2 centrale formål:

- Borgerne sikres en effektiv og pålidelig indsamling af affald fra affaldsbeholderne udført med respekt for materiel, miljø og kommunens borgere
- Mandskabet, der udfører indsamlingen af affaldet, må ikke nedslides”

Det fremgår videre, at kommunikation om opgavens udførelse skulle ske via RenoWeb og mobiltelefoner. Om brugen af RenoWeb og kommunikation med mandskabet i øvrigt fremgår bl.a.:

”3.3 RenoWeb

...

Tilbudsgiver skal anvende Renoweb til kommunikation om opgavens udførelse, herunder evt. forsinkelser eller udeladelser, samt om konstaterede problemer eller mangler i forbindelse med indsamlingen. Tilbudsgiver skal således anvende RenoWeb som primært kommunikationssystem.

...

Ordregiver udarbejder instruktion for anvendelsen af RenoWeb. Tilbudsgiver skal sikre, at instruktion og opdatering heraf er en del af Tilbudsgivers instruktion af samtlige medarbejdere, jf. kap.10.3.

...

10.2 Kommunikation med mandskab

Tilbudsgivere på opgaven skal have mobiltelefoner, som skal være tændt hele arbejdstiden, så man kan komme i kontakt med medarbejderne. Tilbudsgiver skal udstyre alle medarbejdere med head set og mobiltelefonen skal kunne tage billeder, som kan overføres med telefonen"

Der blev i forbindelse med udbuddet stillet spørgsmål fra de potentielle tilbudsgivere, herunder spørgsmål 8 der angik "Delkriterier", spørgsmål 16 der angik "Underkriteriet Kvalitet", og spørgsmål 18, der angik "Opgaveløsning og driftssikkerhed":

"Spørgsmål 8

...

Der står anført, at stikordene i.f.m. tilbudsgivers beskrivelser alene er eksempler og ikke udtømmende. Da dette er en del af tildelingskriterierne, bør det være entydigt hvad ordregiver tillægger af værdi og hvad der ønskes oplyst eller ej?

Formuleringen udgår: Stikordene i forbindelse med beskrivelsen af de redegørelser, som Ordregiver ønsker fra Tilbudsgiver, er alene eksempler og ikke udtømmende for Ordregivers opmærksomhedspunkter.

...

Spørgsmål 16:

...

Findes der ikke en karakter 4 i tildelingsskalaen?

Nej

...

Spørgsmål 18:

...

For at sikre gennemsigtighed bedes Rebild Kommune angive, hvordan man forventer at vurdere punktet herunder specielt "... fordeling af tømninger, antal benyttede indsamlingskøretøjer, størrelse (aksler og vægt) og kapacitet på de planlagt benyttede køretøjer..."?

Ordregiver lægger vægt på at:

- antal af tømninger er ligeligt fordelt pr. dag og pr. medarbejder.
- antal af køretøjer passer med antal tømninger, så bilerne ikke skal læsse af mere end 1 gang pr. dag.
- type af køretøjer passer til de forskellige forhold i Rebild Kommune"

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 30. august 2021 havde Rebild Kommune modtaget 5 konditionsræssige tilbud, herunder tilbud fra bl.a. Meldgaard Miljø og Urbaser A/S.

Rebild Kommune meddelte den 14. september 2021 tilbudsgiverne, herunder Meldgaard Miljø, resultatet af evalueringen. Det fremgår af meddelelsen bl.a. at Urbaser A/S opnåede et samlet vægtet pointtal på 4,63 point ud af 5 mulige, fordelt med 2,19 point på de kvalitative kriterier og 2,44 point på pris, og at Meldgaard Miljø opnåede 4,53 point ud af 5 mulige, heraf 2,03 på de kvalitative kriterier og 2,50 på pris. De øvrige tilbudsgivere opnåede henholdsvis 3,94, 4,01 og 4,23 samlede vægtede point.

I den medsendte evalueringsrapport fremgår bl.a.:

”

Virksomhed	...	Meldgaard		...	Urbaser	
...						
1. Kvalitet						
....						
Fysisk placering af kontorpersonel		Randers	2		I lokalområdet eller umiddelbar nærhed	3
...						
Point Op-gaveløsning og driftssikkerhed			50 3,85			55 4,23
...						
2. Arbejds-miljø						
...						
Daglig kommunikation om opgaven		Driftsleder fysisk i Rebild 2 dage om ugen. Tæt kontakt til bilerne via sms, email, telefon. 2 månedlige møder.	3		Lokal ikke kørende afdelingsleder (kun Rebild)	5
Adgang til leder		Nem adgang til leder, dog ikke lokalt alle ugens dage	3		Lokal afdelingsleder	5

...						
Afklaring af spørgsmål		Nem adgang til leder, dog ikke lokalt alle ugens dage	3		Lokal ikke kørende afdelingsleder	5
...						
Points arbejdsmiljø			⁵⁷ 4,38			⁶⁰ 4,62

”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Meldgaard Miljø har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Rebild Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Meldgaard Miljø har særligt vedrørende påstand 1 gjort gældende, at Rebild Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 160 og § 164 samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen og ved at anvende en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Da Rebild Kommunes evalueringsmodel ikke har været gennemsigtig, sikrer en offentliggørelse af evalueringsmodellen ikke Rebild Kommune mod, at klagenævnet tilsidesætter denne, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune og kendelse af 4. november 2015, Q-Free ASA mod Øresundbrokon-sortiet.

Meldgaard Miljø har i første række anført, at det er i strid med udbudslovens § 160 og § 164, at Rebild Kommune ikke i udbudsgrundlaget har beskrevet, hvad der tillægges henholdsvis positiv og negativ betydning ved tilbudsevalueringen i henhold til de 2 delkriterier ”Opgaveløsning og driftssikkerhed” samt ”Arbejdsmiljø”. Det, der er anført i udbudsbetingelserne om de 2 delkriterierne, har karakter af mindstekrav.

Den manglende beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved evalueringen i henhold til delkriterierne, er i strid med udbudslovens § 160, stk. 1. Det fremgår således af forarbejderne til udbudslovens § 160, at der er pligt for Rebild Kommune til at angive kriterierne for tildeling og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen; jf. senest 2019-ændringen af udbudslovens § 160.

Det følger også af gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, at Rebild Kommune har pligt til at beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.

I forarbejderne til 2019-ændringen af udbudslovens § 164, er det ligeledes fremhævet, at Rebild Kommune skal give sådanne oplysninger om evalueringen, at tilbudsgiverne har mulighed for at optimere deres tilbud.

Endelig fremgår det af klagenævnets kendelse af 22. februar 2013, Marius Pedersen mod Hvidovre Kommune (påstand 3), at der er pligt til at angive, hvad der tillægges positiv og negativ betydning ved evalueringen.

Rebild Kommune fremhæver i svarskriftet, at Rebild Kommune ikke har pligt til at benytte formuleringer som ”det tillægges positiv betydning at” eller ”det tillægges negativ betydning at” i beskrivelsen af evalueringsmodellen. Dette er Meldgaard Miljø enig i. Det fremgår imidlertid af forarbejderne til 2019-ændringen af udbudslovens § 164, at tilbudsgiverne af udbudsmaterialet skal kunne udlede, hvad Rebild Kommune tillægger betydning ved tilbudsevalueringen. Det må nødvendigvis følge heraf, at tilbudsgiverne skal kunne udlede af udbudsmaterialet, hvorvidt et forhold tillægges enten positiv eller negativ betydning ved evalueringen. Disse oplysninger mangler generelt i Rebild Kommunes udbudsmateriale, idet Rebild Kommune alene har anført, at ”tilbudsgiver skal (herunder) beskrive ...”.

Meldgaard Miljø har gennem mange år udført aktiviteter inden for det område, som det foreliggende udbud vedrører. Meldgaard Miljø har derfor i forhold til nogle af punkterne under underkriterierne kunnet vurdere, hvordan Meldgaard Miljø skulle optimere sit tilbud. For så vidt angår andre punkter under delkriterierne var det imidlertid fuldstændig uklart, hvad Rebild Kommune ville lægge vægt på ved evalueringen. Dette gælder f.eks. punkterne

”hvordan oplæring finder sted”, ”uddannelseskrav til medarbejderne”, ”daglig kommunikation om opgaven”, og ”afklaring af spørgsmål.” Rebild Kommune har dermed i forhold til disse punkter i strid med udbudslovens §§ 160 og 164 reelt haft et ”ubetinget frit valg ved evalueringen.” da det heller ikke indirekte af udbudsmaterialet fremgår, hvad der vil blive tillagt positiv eller negativ vægt i henhold til de 2 delkriterier.

Meldgaard Miljø har i anden række anført, at Rebild Kommunes evaluering af de indkomne tilbud har været uigennemsigtig, da Rebild kommune på den ene side har lagt vægt på forhold, der ikke kan udledes af udbudsmaterialet, og på den anden side har undladt at lægge vægt på forhold, der fremgår af udbudsmaterialet. Rebild Kommune har under skriftvekslingen gjort gældende, at kommunen ville tillægge ”miljø” betydning i forbindelse med evalueringen, og at dette måtte stå Meldgaard Miljø klart ved udarbejdelsen af tilbuddet. Rebild Kommune har desuden gjort gældende, at Rebild Kommune ved evalueringen lægger vægt på, at ”Mandskabet, der udfører indsamlingen af affaldet, må ikke nedslides.” Det virker imidlertid selvmodsigende og dermed uigennemsigtigt, når Rebild Kommune ved evalueringen af underkriteriet ”Opgaveløsning og driftssikkerhed” tildeler Urbaser A/S 5 point for ””hjælp hinanden færdig” bonus”, hvorimod Meldgaard Miljø får 3 point for ”RenoTrack, indsamlingsbiler og mandskab i nærliggende kommuner.” Dette er selvmodsigende og uigennemsigtigt, idet ””hjælp hinanden færdig” bonus” må antages at lægge ekstra pres på medarbejderne og dermed føre til øget nedslidning af medarbejderne, hvorimod indsættelse af ekstra indsamlingsbiler tværtimod vil sikre medarbejderne mod nedslidning. Meldgaard Miljø har derfor ikke haft mulighed for at vurdere, at Rebild Kommune ville lægge positiv vægt på et forhold, som fører til øget nedslidning af medarbejderne.

Rebild Kommune har således ved evalueringen lagt vægt på andre forhold end dem, som er oplyst i udbudsbetingelserne. Denne fremgangsmåde, hvorefter Rebild Kommune ved evalueringen lægger vægt på forhold, som ikke er offentliggjorte, er uigennemsigtig og udgør en overtrædelse af udbudslovens § 2. Rebild Kommunes inddragelse ved evalueringen af forhold, som ikke er anført i udbudsmaterialet, står også i klar kontrast til Rebild Kommunes svar på spørgsmål 8, hvor det blev præciseret, at udbudsmaterialets angivelser ikke kun var eksemplificeringer. Det i svarskriftet anførte viser såle-

des, at Rebild Kommunes evaluering har været helt uigennemsigtig, idet Rebild Kommune har lagt vægt på forhold, som ikke fremgik af udbudsmaterialet.

Rebild Kommune har i udbudsbetingelserne vedrørende underkriteriet ”Opgaveløsning og driftssikkerhed” anført, at:

”Tilbudsgiver skal herunder bl.a. beskrive ... ”størrelse (aksler og vægt) og kapacitet på de planlagt benyttede køretøjer.”

Rebild Kommune har imidlertid ikke inddraget dette forhold ved evalueringen, idet det ikke af evalueringsnotatet noget sted fremgår, at dette forhold er inddraget. Ydermere fremgår det af svaret på spørgsmål 18, at det intet sted i udbudsbetingelserne fremgår, hvad Rebild Kommune vil lægge vægt på ved dette punkt. Det har således ikke været muligt for Meldgaard Miljø at optimere sit tilbud på dette punkt.

Tilsvarende har Rebild Kommune i udbudsbetingelserne vedrørende underkriteriet ”Arbejdsmiljø” anført, at:

”Tilbudsgiver skal bl.a. beskrive ... motivationsprogrammer (ift. Arbejdsmiljø, service og kvalitet)”

Rebild Kommune har imidlertid heller ikke inddraget dette forhold ved evalueringen, jf. evalueringsnotatet.

Dette fører til, at evalueringen er helt uigennemsigtig, idet nogle af de i underkriterierne angivne forhold er tildelt point, hvorimod andre forhold ikke er tildelt point ved vurderingen af, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige.

Meldgaard Miljø har i tredje række gjort gældende, at Rebild Kommune ved at inddrage det samme forhold flere steder i evalueringen har givet dette forhold en vægt, som tilbudsgiverne ikke kunne forudse. En sådan gentagen inddragelse af det samme forhold med positiv vægt flere steder i evalueringen skævvrider denne og gør det umuligt for tilbudsgiverne at gennemskue, at enkelte forhold i et tilbud tillægges større vægt i evalueringen end andre forhold. Rebild Kommune har således inddraget ”Lokalt driftskontor hvor bi-

lerne holder ” i evalueringen under såvel ”Daglig kommunikation om opgaven” som ”adgang til leder” og ”afklaring af spørgsmål” med angiveligt positiv vægt i evalueringen.

Meldgaard Miljø har i fjerde række gjort gældende, at Rebild Kommune i evalueringen i henhold til delkriteriet ”Arbejdsmiljø” har inddraget et forhold om lokal tilknytning, som ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Rebild Kommune har ved punktet ”Afklaring af spørgsmål” lagt vægt på ”lokalt driftskontor hvor biler holder”. Om evalueringen i henhold til delkriteriet Arbejdsmiljø fremgår blandt andet følgende af bilag A til udbudsbetingelserne:

”Tilbudsgiver skal detaljeret beskrive, hvordan Tilbudsgiver sikrer et godt arbejdsmiljø for medarbejderne samt skaber et miljø, der motiverer medarbejderne til at opfylde Ordregivers målsætning for gennemførelse af indsamlingsentreprisen, skaber en vilje til at levere god service og kvalitet samt skaber tilfredse kunder hos Ordregiver. ...”

Da renovationsbiler om morgenen kører ud fra en standplads, derefter kører hele dagen mellem de enkelte adresser i Rebild Kommune og modtageranlægget for henholdsvis affald og genbrug, endelig om aftenen kører tilbage til deres standplads, fremstår det irrelevant at tillægge det positiv betydning i evalueringen i henhold til delkriteriet Arbejdsmiljø, hvorvidt driftskontoret er ”lokalt.” Det centrale i forhold til muligheden for ”Afklaring af spørgsmål” og dermed i forhold til opfyldelse af delkriteriet ”Arbejdsmiljø” må antages at være, at medarbejderne på renovationsbilen kan få forbindelse med sin leder med henblik på afklaring af eventuelle spørgsmål. Dette sker i løbet af dagen gennem telefonisk kontakt, og det sker morgen og aften på standpladsen. Det er derfor uden betydning for et godt arbejdsmiljø, på hvilken geografisk lokalitet driftskontoret er beliggende og dermed hvorvidt driftskontoret er ”lokalt” eller ikke. Det har derfor ikke været muligt for Meldgaard Miljø at forudse, at Rebild Kommune ville tillægge det positiv betydning i evalueringen under punktet ”Afklaring af spørgsmål”, at standpladsen var lokal, idet dette ikke har nogen form for betydning for medarbejdernes mulighed for at få afklaret eventuelle spørgsmål og dermed for deres arbejdsmiljø.

Meldgaard Miljø har i femte række gjort gældende, at Rebild Kommune ved evalueringen har lagt vægt på et usagligt, irrelevant og ulovligt forhold, idet der ved evalueringen er lagt vægt på, at driftskontoret er ”lokalt beliggende”. Det centrale i forhold til arbejdsmiljøet er, at medarbejderne har direkte og

fysisk adgang til deres leder. Indsamling af dagrenovation er imidlertid en tjenesteydelse og ikke produktion af en vare, og medarbejderne er således ikke i forbindelse med deres udførelse af opgaven fysisk til stede på den lokalitet, hvor arbejdet udføres. Det har således ikke værdi for Rebild Kommune, at driftskontoret er ”lokalt beliggende”, idet medarbejderne ikke er til stede på driftskontoret i forbindelse med indsamling af dagrenovation. Derimod er det vigtigt, at medarbejderne kan møde deres leder på den standplads, hvor renovationsbilerne parkerer uden for arbejdstiden. Denne standplads kan være beliggende i Rebild Kommune eller Aalborg Kommune, men hvorvidt den er beliggende det ene eller andet sted har ingen betydning for medarbejdernes muligheder for at komme i dialog med deres leder. Meldgaard Miljø har således ikke haft mulighed for at tilrettelægge sit udbud på den mest hensigtsmæssige måde, idet Rebild Kommunes vægt på ”fysisk adgang til medarbejdernes leder” på et ”lokalt beliggende driftskontor” ikke har nogen form for positiv værdi for den udbudte kontrakt. Ulovligheden af dette delkriterium støttes af, at Rebild Kommune i svarskriftet anfører, at Rebild Kommune har inddraget ”beliggenheden af driftskontoret” uanset dette ikke har nogen betydning for sikring af arbejdsmiljøet. Rebild Kommune har således ved delkriteriet ”Arbejdsmiljø”, i forhold til medarbejdernes mulighed for ”Daglig kommunikation om opgaven”, lagt vægt på, at den vindende tilbudsgiver har ”Lokal ikke kørende afdelingsleder”, hvilket skal ses i lyset af, at Urbaser A/S har tilkendegivet at ville etablere kontor i Rebild kommune. Det er imidlertid i henhold til udbudsreglerne ikke lovligt at lægge vægt på, hvorvidt en tilbudsgiver har lokal tilknytning, idet dette vil diskriminere ikke-lokale tilbudsgivere.

Rebild Kommune har vedrørende påstand 1 gjort gældende, at Rebild Kommune ikke har handlet i strid med udbudslovens §§ 160 og 164 samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Idet Rebild Kommune har levet op til kravene i udbudslovens §§ 160 og 164 og ikke har tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, skal Rebild Kommunes evalueringsmodel ikke tilsidesættes, jf. udbudslovens § 160, stk. 2. Rebild Kommune har bestridt, at klagenævnets kendelse af den 22. februar 2013 har betydning for afgørelsen i denne sag.

Rebild Kommune har i første række gjort gældende at Rebild Kommune har fastlagt og beskrevet indholdet af alle dele af den anvendte evalueringsmodel, jf. udbudslovens § 160, stk. 1. Rebild Kommune har fastsat kriterier for tildeling, der er gennemsigtige, og kriterierne har ikke givet Rebild Kommune

ubetinget valgfrihed mellem tilbuddene. Kriterierne har derudover givet mulighed for en effektiv konkurrence om kontrakten jf. udbudslovens § 164, stk. 1 og stk. 2.

Det bestrides ikke, at Rebild Kommune har pligt til at beskrive, hvad der tillægges betydning i forbindelse med den anvendte evalueringsmodel. Det er således klart, at den gældende udgave af udbudslovens § 160, stk. 1, ikke har haft til formål at reducere kravene til ordregivers beskrivelser når det kommer til evalueringsmodellen. Som det fremgår af klageskriftets gengivelse fra forarbejderne til § 164, skal de anvendte kriterier for tildeling, samt beskrivelsen heraf, gøre det klart for potentielle tilbudsgivere, hvad ordregiver vil tillægge betydning vedrørende det enkelte kriterium. Det væsentlige i det pågældende uddrag fra forarbejderne til § 164 er, at beskrivelsen i ordregivers udbudsmateriale ikke giver ordregiveren et ubetinget frit valg ved evalueringen, og at de potentielle tilbudsgivere har haft et fyldestgørende grundlag for at vurdere, om de ønskede at bruge ressourcer på at afgive tilbud på kontrakten og hvordan deres tilbud kunne optimeres. Grænsen for ordregivers skøn går derfor ved, hvad en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver kunne læse af udbudsmaterialet. Det fremgår således af de oprindelige bemærkninger til udbudslovens § 160, stk. 1, at ”Ordregiver skal for det fjerde lave en beskrivelse i udbudsmaterialet, således det enten fremgår direkte eller af sammenhængen i udbudsmaterialet, hvad ordregiveren i forbindelse med de enkelte under- og eventuelle delkriterier tillægger betydning ved tilbudsevalueringen.”

Det er ikke et krav, at Rebild Kommune skal benytte formuleringer som ”det tillægges positiv betydning at” eller ”det tillægges negativ betydning at” i beskrivelsen af evalueringsmodellen, men det skal kunne udledes af sammenhængen af udbudsmaterialet, hvad ordregiver tillægger betydning ved tilbudsevalueringen. For så vidt angår begrebet ”udbudsmaterialet”, defineres dette i udbudslovens § 24, nr. 36, som indeholder en ikke-udtømmende angivelse af hvilke dokumenter, der indgår i et udbudsmateriale, herunder ”supplerende dokumenter”. Beskrivelserne af de 2 delkriterier opfylder kravene hertil. Det kan således læses direkte eller indirekte af beskrivelserne af de enkelte delkriterier, sammenholdt med selve navngivningen af delkriterierne, og under inddragelse af udbudsmaterialet i øvrigt, hvad Rebild Kommune vil lægge vægt på i sin evaluering, jf. udbudslovens § 160, stk. 1, og § 164, stk. 1. Som supplement til beskrivelserne af delkriterierne i udbudsbe-

tingelsernes bilag A, skal klagenævnet også inddrage Rebild Kommunes supplerende beskrivelser af evalueringsmodellen i det fremlagte rettelsesblad nr. 3 – spørgsmål 18 samt inddrage de 2 centrale formål med udbuddet jf. kravspecifikationens side 8.

En sådan helhedslæsning vil føre til, at det for en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver stod klart, hvad Rebild Kommune ville tillægge betydning i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud. Det har således ud fra kravspecifikationen stået tilbudsgiverne klart, at det var centralt for Rebild Kommune med en tilbudsgiver, der udviser effektivitet og pålidelighed i sin opgaveløsning, og at den vindende tilbudsgiver prioriterer mandskabets forhold.

Rebild Kommune har særskilt bestridt, at Rebild Kommune vedrørende ”Hvordan oplæring finder sted”, ”Uddannelseskrav til medarbejderne”, ”Daglig kommunikation om opgaven” og ”Afklaring af spørgsmål” har haft et ”ubetinget frit valg ved evalueringen” som Meldgaard Miljø har gjort gældende. Det har således stået tilbudsgiverne klart, at tilbudsgivernes oplæring af medarbejdere, uddannelseskrav og efteruddannelse, daglig kommunikation og afklaring af spørgsmål, på detaljeret vis skulle sikre et godt arbejdsmiljø for medarbejderne, motivere medarbejderne og deres vilje til at levere en god service og kvalitet jf. delkriteriet ”Arbejdsmiljø”.

Rebild Kommune har i anden række gjort gældende, at udbudsmaterialet ikke er selvmodsigende, og Rebild Kommune har bestridt, at evalueringen af de indkomne tilbud har været uigennemsigtig. Formuleringerne i Rebild Kommunes kravspecifikation kan ikke tages til indtægt for, at det har været selvmodsigende eller uigennemsigtigt, når Rebild Kommune i sin evaluering af delkriteriet opgaveløsning og driftssikkerhed, har tillagt det positiv betydning at opgaven løses med ”hjælpe hinanden færdig bonus”. Det ligger således indenfor Rebild Kommunes lovlige skøn at vurdere, at løsninger, hvor der fx tilbydes en ”hjælpe hinanden færdig bonus”, dels motiverer medarbejderne til at færdiggøre distrikter hver dag dels sikrer, at ekstra tømninger fordeles mere lige på flere medarbejdere. At Meldgaard Miljø er uenig i dette skøn, gør ikke, at Rebild Kommunes evalueringsmodel eller konkrete evaluering skal tilsidesættes.

Særligt for så vidt angår de kvalitative delkriterier har det stået tilbudsgiverne klart, at Rebild Kommune for så vidt angår driftssikkerhed ville lægge vægt

på, at de indleverede tilbud indeholdt detaljerede beskrivelser af indsamlingsopgaven og understøttede Rebild Kommunes behov for/ønsker om en stabil drift og at de indleverede tilbud betrykker Rebild Kommune i, at alle distrikter færdiggøres hver dag uanset driftsstop og for så vidt angår Arbejdsmiljø ville lægge vægt på at de indleverede tilbud indeholdt detaljerede beskrivelser af sikring af arbejdsmiljøet, motivation af medarbejderne og vilje til at levere en god service og kvalitet.

Ordregiver har ikke pligt til at gå længere ind i tilbudsgivernes løsningsbeskrivelser end de nævnte beskrivelser allerede gør. I så fald kunne Rebild Kommune lige så godt have valgt at kravespecificere opgaven fuldstændigt, og dermed lade tildelingskriteriet være Pris alene.

Det må således have stået tilbudsgiverne klart, og har stået tilbudsgiverne klart, at tilbuddene eksempelvis kunne optimeres ved bl.a. at indeholde løsninger, der motiverer medarbejderne til at færdiggøre distrikterne hver dag, såsom ”hjælpe hinanden færdig bonus”, løsninger der sikrer stabil drift bedst muligt, herunder at der altid kan stilles med reservebiler og mandskab, såsom anvendelsen af ”let belastede” køretøjer, at der tilbydes et passende bemandingsantal i forhold til den velbeskrevne opgave, velservicerede køretøjer og lokal placeret personale og standplads til eksempelvis hurtig indsættelse i drift jf. også evalueringsnotatet.

Rebild Kommune har gjort gældende, at det tillige fremgår af de afgivne tilbud, at evalueringsmodellen var tilstrækkelig klart beskrevet, idet tilbuddene viser, at tilbudsgiverne har haft den samme forståelse af udbudsmaterialet, som Rebild Kommune har, og som Rebild Kommune har evalueret i henhold til. Der var således 5 konditionsmæssige tilbud, og tilbudsgiverne har afgivet relevante og ensartede oplysninger til brug for evalueringen ligesom tilbudsgiverne har opnået en kvalitativt ”tæt” evaluering jf. Rebild Kommunes evalueringsnotat. Derudover har tilbudsgiverne kun haft 1 spørgsmål til forståelsen af Rebild Kommunes evalueringsmodel.

Rebild Kommune har i tredje række gjort gældende, at Rebild Kommune ikke har inddraget de samme forhold flere gange og derved givet disse forhold en vægt som tilbudsgiverne ikke kunne forudse. Det har tværtimod være gennemsigtigt og sagligt, at det kan have betydning for både afklaring af spørgsmål og daglig kommunikation om opgaven, hvilke kontaktmuligheder

og adgang til leder og personale i øvrigt, som medarbejderne vil have under opgavens udførelse.

Rebild Kommune har i fjerde række gjort gældende, at Rebild Kommune har anvendt evalueringsmodellen inden for det vide skøn, som Rebild Kommune er tillagt i forbindelse med sin evaluering af de kvalitative delkriterier. Forudsat at de af Meldgaard Miljø anførte forhold vedrørende inddragelse af det, som Meldgaard Miljø kalder ”lokal tilknytning” ligger inden for Rebild Kommunes skøn, kan klagenævnet lægge til grund, at Rebild Kommune har anvendt evalueringsmodellen således som denne er anført i udbudsmaterialet.

Rebild Kommune har bestridt, at Rebild Kommune har handlet uden for rammerne af det vide skøn, der tilkommer en ordregiver ved en kvalitativ evaluering. Rebild Kommune har sagligt og i overensstemmelse med evalueringsmodellens beskrivelse, i relation til delkriteriet ”Arbejdsmiljø”, ”Afklaring af spørgsmål”, tillagt det betydning, hvor tilbudsgivers driftskontor er beliggende. Det er hverken uklart eller usagligt, når Rebild Kommune har vurderet, at det understøtter et godt arbejdsmiljø for tilbudsgivernes medarbejdere samt skaber et miljø, der motiverer tilbudsgivers medarbejdere, at disse har en direkte og fysisk adgang til medarbejdernes leder samt øvrigt kontorpersonele, på et lokalt beliggende driftskontor, når medarbejderne har brug for ”afklaring af spørgsmål”. Rebild Kommunes inddragelse af beliggenheden af driftskontoret ligger tværtimod inden for, hvad Meldgaard Miljø, som en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver, kunne udlede af udbudsmaterialet.

Rebild Kommune har særligt bestridt, at Rebild Kommune ved evalueringen har lagt vægt på andre forhold end dem, som er oplyst i udbudsmaterialet. En angivelse af, at oplistningen af opmærksomhedspunkter ikke er udtømmende jf. udbudsbetingelsernes bilag A er ikke i sig selv i strid med udbudslovens §§ 2, 160 eller 164. Det er således fast antaget, at ordregiver i sin evaluering kan inddrage, hvad der for en rimelig oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver kan udledes af udbudsmaterialet/evalueringsmodellen. Selv hvis klagenævnet måtte nå frem til, at Rebild Kommune har inddraget forhold i evalueringen, der ikke kan udledes ordret af udbudsmaterialet, herunder evalueringsmodellen, gøres det gældende at Rebild Kommune alene har inddraget, hvad der for en rimelig oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver kan udledes af udbudsmaterialet/evalueringsmodellen.

Rebild Kommune har særligt bestridt, at Rebild Kommune har undladt at inddrage forhold i evalueringen. Det er ikke et udbudsretligt krav, at ethvert ”ord” af relevans for ordregivers tilbudsevaluering, fremgår af evalueringsnotatet. At noget ikke er uddybet i et evalueringsnotat, er således ikke ensbetydende med, at ordregiver så ikke har inddraget de pågældende ”ord” i sin evaluering. En modsatrettet formodning ville stille urealistiske krav til ordregiver. Hertil bemærkes særligt, at det fremgår af evalueringsnotatet, at Rebild Kommune har inddraget såvel ”antal biler + størrelse” samt løsninger, der ”motiverer medarbejdere” i sin evaluering. Særligt for så vidt angår ”antal biler + størrelse” har Rebild Kommune bevidst ikke indarbejdet flere detaljer om de tilbudte køretøjer ud fra et ønske om at være sikker på, at der ikke med evalueringsnotatet blev udleveret konkrete tekniske løsninger, som retteligt burde være undtaget offentliggørelse i forbindelse med en aktindsigtsanmodning. Meldgaard Miljø har således selv anset den tilbudte sammensætning af køretøjer som undtaget fra aktindsigt.

Urbaser A/S har ved procesindlæg af 22. oktober 2021 udtalt sig til støtte for Rebild Kommune.

Meldgaard Miljø har særligt vedrørende påstand 3 gjort gældende, at de overtrædelser, der er redegjort for ad påstand 1, ikke kun angår formelle overtrædelser af udbudsloven, men at Rebild Kommunes evalueringsmodel har været uigennemsigtig. Overtrædelserne må derfor naturligt føre til, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Rebild Kommune har særligt vedrørende påstand 3 gjort gældende, at Rebild Kommune ikke har overtrådt udbudsreglerne. Beslutningen om tildeling skal derfor ikke annulleres. Rebild Kommune har anerkendt, at hvis klagenævnet finder, at Rebild Kommune har anvendt en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, skal det føre til en annullering af tildelingsbeslutningen.

Ad uopsættelighed

Meldgaard Miljø har gjort gældende, at kravet om uopsættelighed er opfyldt. Kravene til betingelsen om uopsættelighed må antages at være lempede i lyset af den klare og alvorlige overtrædelse af udbudslovens § 160 og § 164 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, som Rebild Kommune

har foretaget. Under hensyn hertil og til den store økonomisk betydning kontrakten har for Meldgaard Miljø er betingelsen opfyldt. Når evalueringsmodellen er uigennemsigtig, er det meget vanskeligt for Meldgaard Miljø at påvise, at Meldgaard Miljø ville have vundet udbuddet, hvis modellen havde været gennemsigtig. Udbudsgrundlaget har dermed ikke været egnet til lovlig tildeling af den udbudte kontrakt. Det er derfor overordentlig vanskeligt for Meldgaard Miljø at føre bevis for positiv opfyldelsesinteresse. Meldgaard Miljø's mulighed for at anlægge erstatningssøgsmål imod Rebild Kommune kan dermed ikke værne Meldgaard Miljø's interesser, idet det fremstår uklart, hvilke forhold der ville blive tillagt positiv vægt ved evalueringen af tilbuddet

Rebild Kommune har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt. Meldgaard Miljø har ikke påvist forhold, som tilsiger, at kravene til betingelsen om uopsættelighed skal lempes, og har ikke påvist forhold der tilsiger, at Meldgaard Miljø ikke vil kunne kompenseres økonomisk ved at rejse et erstatningskrav. Meldgaard Miljø har således ikke påvist hverken økonomiske eller kommercielle interesser, der understøtter, at betingelsen om uopsættelighed skulle være opfyldt

Ad interesseafvejning

Meldgaard Miljø har gjort gældende, at en interesseafvejning fører til, at klagen skal tillægges opsættende virkning. De igangværende kontrakter udløber først i 2023. Dette taler entydigt til støtte for, at der ikke er afgørende hensyn at tage til Rebild Kommune, der har god tid til at gennemføre et nyt udbud. Derimod er der væsentlige hensyn at tage til Meldgaard Miljø, der har en betydelig kommerciel interesse og betydelige økonomiske interesser forbundet med denne kontrakt.

Rebild Kommune har gjort gældende, at Rebild Kommune har en væsentlig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, og at denne interesse vejer tungere end hensynet til Meldgaard Miljø. Den eksisterende kontrakt udløber i foråret 2023. Det bemærkes hertil, at opgaver med affaldsindsamling kræver en lang implementeringstid. Det skyldes, at en vindende tilbudsgiver almindeligvis skal opnormere med køretøjer til indsamlingsopgaven, og at der pågår produktions- og leveringstid vedrørende de køretøjer, der skal anvendes til at udføre indsamlingsopgaven.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for Meldgaard Miljø.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Meldgaard Miljøes interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end Rebild Kommunes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*):

Påstand 1

Det udbudsmateriale, der omtales i udbudslovens § 160, omfatter jf. udbudslovens § 34, stk. 1, nr. 36, alle ”de dokumenter, som ordregiveren udarbejder

eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer i et udbud eller en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt”. Indholdet heraf skal fortolkes i overensstemmelse med, hvordan ” ... alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige tilbudsgivere kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde ...”, jf. EU-domstolens dom af 17. juni 2021, Simonsen & Weel mod Region Nordjylland og Region Syddanmark, præmis 61.

Det fremgår af udbudslovens § 34, stk. 1, nr. 39, at den evalueringsmodel, der omtales i udbudslovens § 160, er ”det eller de værktøjer, der anvendes af ordregiver til at sammenstille tilbudsgivernes besvarelse af forskellige kriterier for tildeling med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Formålet med pligten til at fastlægge og beskrive evalueringsmodellen i udbudsmaterialet er at styrke den forudgående gennemsigtighed og understøtte hensynet til ligebehandling af tilbudsgiverne jf. bemærkningerne til lov nr. 204 af 5. marts 2019 om ændring af udbudsloven pkt. 2.3.2. Det fremgår videre af de specifikke lovbemærkninger til § 160 bl.a.:

”Idet der kan være flere dele af en evalueringsmodel, f.eks. en pointmodel samt pointskalaer til at bedømme de økonomiske og kvalitative kriterier for tildeling, fremgår det af ordlyden af den foreslåede bestemmelse, at alle dele af evalueringsmodellen skal fastlægges og beskrives. Det betyder, at formler, pointmodeller, prismodeller, pointskalaer mv. er en del af evalueringsmodellen, og disse skal som følge heraf fastlægges og beskrives i udbudsmaterialet. Endvidere fremgår det [at] indholdet af disse dele skal fastlægges og beskrives. Det betyder, at det ikke er tilstrækkeligt at angive værktøjerne, men indholdet af disse skal også beskrives.

...

Det bemærkes, at gældende ret i forhold til ordregivers pligt til i udbudsmaterialet at angive kriterierne for tildeling, jf. udbudslovens §§ 162 - 164 sammenholdt med § 128, stk. 2, jf. udbudsdirektivets bilag V, del C, ikke ændres som følge af dette lovforslag. Endvidere vil der være pligt til jf. gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 at beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen. Som følge heraf vil der stadigvæk være en pligt til at angive kriterierne for

tildeling og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen, selv om disse dele ikke længere fremgår af § 160.”

Af forarbejderne til den tidligere gældende § 160 (lovforslag L 19 af 7. oktober 2015) fremgår bl.a.:

”Ønsker ordregiveren at benytte kvalitative underkriterier, skal ordregiveren i udbudsmaterialet beskrive disse, og hvad ordregiveren tillægger betydning ved evalueringen af tilbuddene i forhold til det enkelte underkriterium. Det er ikke et krav, at ordregiveren laver en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative under- og eventuelle delkriterier, og ordregiveren har derfor et vidt skøn til at foretage tilbudsevalueringen inden for rammerne af det beskrevne i udbudsmaterialet samt principperne i § 2. Ordregiverens beskrivelse skal gøre det klart for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvad ordregiveren vil tillægge betydning vedrørende det enkelte under- og delkriterium, således at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen, og således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud og hvordan tilbudsgivere kan optimere deres tilbud. Ordregiveren må derfor ikke ved evalueringen lægge vægt på forhold, som ikke har været angivet i udbudsmaterialet, og som en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ikke har kunnet udlede af dette, og som kunne have været af betydning for tilbudsgiverne ved udformningen af deres tilbud eller ved deres stillingtagen til, om de ønskede at afgive tilbud”

Rebild Kommune har i udbudsmaterialet, bilag A til udbudsbetingelserne, beskrevet og eksemplificeret, at evalueringen ville ske efter to nærmere angive pointmodeller for henholdsvis underkriteriet Pris og underkriteriet Kvalitet, herunder at pointmodellen for Kvalitet ville blive anvendt på begge delkriterier ”Opgaveløsning og driftssikkerhed” og ”Arbejds miljø”. Der er på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke anledning til at antage, at evalueringen er sket efter en anden model end den beskrevne.

Efter udbudslovens § 164 skal en ordregiver fastsætte kriterier for tildeling, der er gennemsigtige, og kriterierne må ikke give ordregiveren ubetinget valgfrihed mellem tilbuddene. Bestemmelsen skal læses i sammenhæng med

udbudslovens § 2 om bl.a. ligebehandling og gennemsigtighed og førnævnte bemærkninger i lovforslag L 19 af 7. oktober 2015.

Kriterier som ”Opgaveløsning og driftssikkerhed” og ”Arbejdsmiljø” er i et udbud som det foreliggende ikke kriterier af kompleks karakter. Det fremgår klart af kravspecifikationens punkt 3.1, hvilket formål udbuddet skulle opfylde i relation hertil.

Rebild Kommune har ubestridt ved delkriteriet ”Arbejdsmiljø”, ”Afklaring af spørgsmål”, tillagt det betydning, hvor tilbudsgivers driftskontor er beliggende.

Ordregiver kan anvende et kriterium om lokal tilstedeværelse, hvis det er sagligt nødvendigt og velbegrundet. Et kriterium om lokal tilstedeværelse kan imidlertid virke diskriminerende i forhold til tilbudsgivere, der ikke er i lokalområdet. Af den grund påhvilede det i særlig grad Rebild Kommune at sikre, at det af udbudsmaterialet klart fremgik, at lokal tilstedeværelse vægtede positivt.

Det fremgik udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at der ved underkriteriet ”Opgaveløsning og driftssikkerhed” ville blive lagt vægt på ”fysisk placering af kontorpersonale + driftsleder”. Det fremgik der imod ikke udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at der ville blive lagt vægt herpå ved underkriteriet ”Arbejdsmiljø”.

Rebild Kommunes evalueringsmodel opererede i relation til evalueringen af de kvalitative underkriterier med en 5 trins skala mellem 0-5, hvor 4 point imidlertid ikke indgik. Det fremgår af Rebild Kommunes evalueringsnotat, at den lokale tilstedeværelse ved evalueringen af delkriterier under underkriteriet ”Opgaveløsning og driftssikkerhed” fik 1 points betydning, idet der blev tildelt henholdsvis 2 og 3 point, mens det ved delkriterier under underkriteriet ”Arbejdsmiljø” fik 2 points betydning, fordi det indgik med en tildeling af henholdsvis 3 og 5 point. Det fremgår videre, at lokal tilstedeværelse er tillagt betydning i forhold til 3 delkriterier under såvel ”Opgaveløsning og driftssikkerhed” som ”Arbejdsmiljø”. Ved den konkrete evaluering har kriteriet om lokal tilstedeværelse dermed fået en vægt, som en rimeligt velinformeret og normalt omhyggelig tilbudsgiver ikke har kunnet udlede af udbudsbetingelserne. Tilbudsgiverne har dermed ikke haft grundlag for at vurdere, hvordan de i forhold til dette kriterium kunne optimere deres tilbud.

Hverken ved underkriteriet ”Opgaveløsning og driftssikkerhed” eller ”Arbejds miljø” fremgik det af udbudsbetingelserne, hvorfor Rebild Kommune anså lokal tilstedeværelse for saglig nødvendig. På det foreløbige grundlag, der foreligger, er der ikke oplyst omstændigheder, der understøtter, at lokal tilstedeværelse konkret var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

På denne baggrund finder klagenævnet, at der foreløbigt vurderet i dette omfang er udsigt til, at Meldgaard Miljøs påstand 1 vil blive taget til følge.

Påstand 3

Klagenævnet har under påstand 1 anført, at der på det foreløbigt foreliggende grundlag er udsigt til, at Meldgaard Miljø vil få delvis medhold i påstand 1, idet Rebild Kommune i strid med gennemsigtighedsprincippet har tillagt lokal tilstedeværelse betydning i relation til delkriteriet Arbejds miljø, har tillagt lokal tilstedeværelse en vægt, som en rimeligt velinformeret og normalt omhyggelig tilbudsgiver ikke har kunnet udlede af udbudsbetingelserne og har tillagt lokal tilstedeværelse betydning uden, at der fremgår en saglig begrundelse herfor.

Som følge af karakteren af denne overtrædelse er der ud fra en konkret væsentlighedsvurdering og på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at Rebild Kommunes tildelingsbeslutning vil blive annulleret.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er dermed opfyldt.

Betingelse nr. 2 (uopsættelighed):

Selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at Meldgaard Miljøs påstand om annulation vil blive taget til følge, og betingelsen om ”fumus boni juris” dermed er opfyldt, finder klagenævnet, at Meldgaard Miljø ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”fumus boni juris”, at Meldgaard Miljø ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at virksomheden vil lide en uoprettelig skade.

På det grundlag, der foreligger, finder klagenævnet, at Meldgaard Miljø ikke har sandsynliggjort, at Meldgaard Miljø, som har afgivet et konditionsmæssigt tilbud, vil lide en alvorlig uoprettelig skade, hvis klagenævnet ikke tager anmodningen om opsættende virkning til følge. Der er således ikke oplysninger, der sandsynliggør, at Meldgaard Miljø's eventuelle tab som følge af den påståede overtrædelse ikke vil kunne godtgøres ved erstatning. Det, der i øvrigt er anført, kan ikke føre til en anden vurdering.

Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent