

Klagenævnet for Udbud

96-91.919

13. september 1996

(Carsten Haubek, Tage M. Iversen, Wayne Jensen)

K E N D E L S E

Arbejdsgiverforeningen for
Handel, Transport og Service
(advokat Helle Havgaard)

mod

Tårnby Kommune
(advokat Hans Lykke Hansen)

Den 10. november 1995 udbød indklagede, Tårnby Kommune, som begrænset udbud efter Rådets Direktiv 92/50/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler en tjenesteydelse vedrørende indsamling af dagrenovation m.v. i Tårnby Kommune i perioden 1. januar 1997 - 31. december 2001. Der fremkom anmodning om prækvalificering fra 8 firmaer, hvoraf 6 firmaer blev prækvalificeret.

I udbudsbetingelserne er tjenesteydelsen beskrevet således:

»Ydelsen omfatter:

- ugentlig indsamling af dagrenovation i sække, minicontainere og maxicontainere
- månedlig indsamling af papir ved haveboliger
- tømning af minicontainere med papir ved etageboliger hver 14. dag
- tømning og vedligeholdelse af glaskuber hver uge
- månedlig afhentning af haveaffald, storskrald og metal ved haveboliger
- opstilling og tømning af maxicontainere til haveaffald og storskrald ved etageboliger efter bestilling
- salg og afhentning af ekstrasække
- salg af haveaffaldssække

Ydelsens omfatter desuden indkøb, lagerføring og levering af dagrenovationssække og søk til papir.

Entreprenøren skal kunne tilbyde salg, levering og montering af de af kommunen godkendte stativer og containere samt udlejning af containere, uden at dette i øvrigt er omfattet af nærværende udbud.

Det vil være entreprenørens opgave at varetage den daglige kontakt til kunder, hvilket omfatter modtagelse af klager over indsamling og vejledning i placering af opsamlingsudstyr og sortering af affald.

Ydelsen omfatter desuden følgende 2 opgaver:

- regningsudskrivning for ekstraafhentninger samt indsamling af dagrenovation, storskrald og haveaffald fra etageboliger i et omfang svarende til i alt 500 fakturaer hvert kvartal
- kontakt til og afregning med forbrændingsanlæg, losseplads og genvindingsvirksomheder

Kommunen varetager modtagelse og registrering af til- og frameldinger til indsamlingsordninger samt bestillinger af tømninger og ekstraafhentninger. Kommunen sender hver måned til entreprenøren en liste over enheder, der skal afhentes.

Affald skal pt. leveres til følgende anlæg:

.....

Entreprenøren skal kunne levere til andet anlæg efter aftale med kommunen. Hvis afstanden er større til dette anlæg betales tilbudslistens enhedspris for nødvendig ekstra kørselstid.«

Tildelingskriterierne er i udbudsbetingelserne fastsat således:

»Opgaven vil blive tildelt det økonomiske mest fordelagtige bud på baggrund af tilbuddets oplysninger om pris, relevant erfaring, kvalitet og service (ikke prioriteret rækkefølge).

Der lægges vægt på, at ydelsen kan udføres med mindst samme serviceniveau, fleksibilitet og driftsstabilitet som hidtil i Tårnby kommune.

Alternative tilbud vil kun blive taget i betragtning, hvis der samtidig afgives tilbud på det udbudte grundlag, og der samtidig fremsendes beskrivelse af fordele og ulemper ved alternative tilbud.

Kommunen forbeholder sig ret til at fravælge de to delydelser vedr. regningsudskrivning og afregning med behandlingsanlæg. (pkt. 6.1 og 6.2 i tilbudslisten).«

Det er i udbudsbetingelserne anført, at tilbudsgiveren skal vedstå sit tilbud i 3 måneder, og at underretning af tilbudsgiverne forventes at ske senest den 31. maj 1996.

Af de 6 prækvalificerede firmaer afgav 4 firmaer inden fristens udløb den 27. marts 1996 følgende tilbud:

1. Renovadan Miljøservice A/S	7.374.421,39 kr.
2. H.C. Svendsen	7.585.828,00 kr.
3. Grundejersammenslutningens Renholdningsselskab i Tårnby Kommune	8.819.470,00 kr.
4. Reno Flex A/S	9.633.808,00 kr.

Ved skrivelse af 30. april 1996 skrev kommunen således til tilbudsgiverne:

»Det skal herved meddeles Dem, at Kommunalbestyrelsen efter en samlet vurdering af de indkomne tilbud, har valgt at forkaste samtlige af de indkomne tilbud og annullere licitationen.

Opgaven vil påny blive udbudt i EU-licitation.«

Renovadan Miljøservice A/S anmodede den 1. maj 1996 kommunen om at få oplyst kommunens begrundelse for annullationen, og denne henvendelse besvarede kommunen ved en skrivelse af 6. maj 1996, hvori det hedder:

»Med henvisning til Deres telefax af 1. maj 1996, hvor Kommunalbestyrelsens beslutning om at annullere licitationen ønskes begrundet, kan Tårnby Kommune meddele følgende:

Annulleringen af licitationen er sket efter Licitationslovens § 5, stk. 3, og i øvrigt har Kommunalbestyrelsen efter en samlet vurdering skønnet, at spredningen mellem de indkomne tilbud var for stor«.

Renovadan Miljøservice A/S anmodede herefter ved skrivelse af 13. maj 1996 påny kommunen om at få oplyst begrundelsen for annullationen nu med udtrykkelig henvisning til tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2. Denne henvendelse besvarede kommunen ved en skrivelse af 14. maj 1996, hvori det bl.a. hedder:

»Vi har modtaget Deres brev, hvori De undrer Dem over henvisningen til Licitationsloven. Vi skal meddele Dem, at der beklageligvis ved en fejl er henvist til Licitationsloven.

Dette er naturligvis ikke tilsigtet. Denne sag er blevet og vil fortsat blive behandlet efter Tjenesteydelsesdirektivet. Vi er naturligvis opmærksomme på hvilke

forpligtelser, vi har overfor Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer jvf. direktivets artikel 12.

Vi er klart af den opfattelse, at vi har ret til at annullere licitationen, og direktivet indeholder da heller ingen bestemmelser om, at vi skulle have en kontraheringspligt. Vi er opmærksomme på, at der skal gives en begrundelse, og vi fastholder, at begrundelsen for annulleringen er, at Kommunalbestyrelsen efter en samlet vurdering har skønnet, at der er for stor afstand mellem de indkomne bud.

De henviser i Deres brev til artikel 37, og vi skal blot hertil bemærke, at artikel 37 omhandler regler for, hvordan man håndterer »unormalt lave tilbud«. Deres tilbud skønnes ikke at være af en sådan karakter.....«

I indklagedes skrivelse af 7. juni 1996 til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer hedder det:

»Annulleringen er besluttet med henblik på at gøre udbudsproceduren om, og Kommunalbestyrelsens begrundelse for annulleringen er, at der er for stor afstand mellem de indkomne bud.«

Den 4. juli 1996 indgav klageren, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service, klage over Tårnby Kommune til Klagenævnet for Udbud. Klageren fremsatte samtidig anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 15. juli 1996 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Sagen har været behandlet på et møde i København den 5. september 1996.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Principal:

Klagenævnet skal annullere den beslutning om at annullere sit udbud af 10. november 1995 vedrørende indsamling af dagrenovation m.v. i Tårnby Kommune, som Tårnby Kommunalbestyrelse traf på sit møde den 30. april 1996.

Subsidiært:

Klagenævnet skal konstatere, at Tårnby Kommune ved at annullere sit udbud af 10. november 1995 vedrørende indsamling af dagrenovation m.v. i Tårnby Kommune har handlet i strid med Rådets Direktiv 92/50/EØF (Tjenesteydelsesdirektivet).

Mere subsidiært:

Klagenævnet skal konstatere, at Tårnby Kommune har handlet i strid med Rådets Direktiv 92/50/EØF (Tjenesteydelsesdirektivet) artikel 37, stk. 1, ved ikke i forbindelse med sit udbud af 10. november 1995 vedrørende indsamling af dagrenovation m.v. i Tårnby Kommune skriftligt at have anmodet de tilbudsgivere, hvis bud kommunen anså for at være unormalt lave, om sådanne oplysninger om de pågældende buds sammensætning, som kommunen anså for relevante, samt ved ikke efterfølgende at have efterkontrolleret tilbudene på grundlag af de fremkomne oplysninger.

Indklagede har vedrørende den principale påstand principalt påstået afvisning og har subsidiært nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende den subsidiære og den mere subsidiære påstand nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Det er oplyst, at renovationen i Tårnby Kommune siden 1947 har været udført af Grundejersammenslutningens Renholdningsselskab i Tårnby Kommune. Der er ikke indgået nogen skriftlig kontrakt mellem kommunen og selskabet, men i kommunens Affaldsregulativ for bortskaffelse af husholdningsaffald af 27. februar 1996 (revideret i 1992), er anført følgende: »Kommunalbestyrelsen har besluttet, at alt husholdningsaffald i Tårnby Kommune skal indsamles og bortskaffes af Renholdningsselskabet i Tårnby.« Det er endvidere oplyst, at kommunen hvert år aftaler nye takster vedrørende renovationen med selskabet. Det er endelig oplyst, at den aktuelle pris for renovationen ligger omkring gennemsnittet af de 4 tilbuds priser.

Klageren har vedrørende indklagedes afvisningspåstand gjort gældende, at der i lov om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 1, 1. pkt., er hjemmel til at annullere ulovlige beslutninger, og at denne hjemmel også omfatter beslutninger om at annullere et udbud.

Klageren har vedrørende den principale og den subsidiære påstand gjort gældende, at indklagedes annullation af udbudet er i strid med EU-retten, og at Klagenævnet derfor skal annullere kommunens beslutning om at annullere udbudet. Klageren har nærmere anført, at der vel ikke foreligger nogen kontraheringspligt for udbyderen, men at hovedreglen ved udbud er, at der skal kontraheres. Annullation kan kun ske i undtagelsestilfælde, og besluttes der annullation, skal beslutningen være sagligt begrundet. I det foreliggende tilfælde er beslutningen om annullation i strid med tjenesteydelsesdirektivet, idet hverken den begrundelse, som kommunen gav i sin skrivelse af 14. maj 1996, eller de begrundelser, som kommunen har givet under sagens behandling ved Klagenævnet, er saglige begrundelser. Der foreligger ikke vedrørende de 4 tilbud nogen stor spredning, og der foreligger heller ikke andre forhold, som umuliggør en sædvanlig bedømmelse af tilbudene i forhold til tildelingskriterierne. Kommunen har endelig ikke noget grundlag for sin formodning om, at der er fejl enten i udbudsbetingelserne eller i tilbudene, og kommunen har da heller ikke - hverken før eller efter annullationen af udbudet - taget skridt til at undersøge, om der foreligger sådanne fejl.

Klageren har yderligere vedrørende den principale påstand gjort gældende, at der ved kommunens annullation af udbudet med den anførte begrundelse er sket en så væsentlig tilsidesættelse af EU-udbudsreglerne, at beslutningen om at annullere udbudet skal annulleres.

Klageren har vedrørende den mere subsidiære påstand gjort gældende, at kommunen vurderede de laveste tilbud som unormalt lave og derfor var forpligtet til at anmode disse tilbudsgivere om oplysninger som anført i artikel 37, stk. 1, hvilket kommunen ikke gjorde.

Indklagede har til støtte for sin formalitetspåstand vedrørende den principale påstand gjort gældende, at der ikke i lov om Klagenævnet for udbud § 5, stk. 1, 1. pkt., er hjemmel til, at Klagenævnet kan annullere en ordregivende myndigheds beslutning om at annullere et udbud. Det ligger fast, at en offentlig udbyder ikke efter EU-udbudsreglerne har nogen pligt til at indgå en kontrakt, og en beslutning fra Klagenævnets side om at annullere en udbyders annullation af et

udbud vil reelt kunne komme til at fungere som et påbud om, at der skal indgås kontrakt på grundlag af det pågældende udbud.

Indklagede har til støtte for sin realitetspåstand vedrørende den principale og subsidiaire påstand gjort gældende, at en ordregivende myndighed har mulighed for at annullere et udbud, blot beslutningen om at annullere udbudet har en saglig begrundelse. Særlig på baggrund af, at der ikke efter EU-udbudsreglerne foreligger nogen pligt til at kontrahere, må der gives de offentlige udbydere en bred margin, når det skal vurderes, om en beslutning om annulation har en saglig begrundelse. I den foreliggende situation har indklagede haft en saglig begrundelse for at annullere udbudet. Indklagede konstaterede, at der var en betydelig spredning på de samlede tilbud og særlig på tilbudene vedrørende de enkelte ydelser, som gav kommunen problemer med at vurdere tilbudene og deres konsekvenser i den 5 årige kontraktperiode. Endvidere gav den store spredning anledning til at tro at, at der kunne være fejl i kommunens udbudsmateriale eller eventuelt i nogle af tilbudene.

Indklagede har særlig vedrørende den principale påstand for det tilfælde, at Klagenævnet finder, at kommunens begrundelse for annulationen ikke er saglig, gjort gældende, at der ikke foreligger omstændigheder, som begrunder, at Klagenævnet annullerer kommunens beslutning. Kommunen har ønsket at gennemføre en fuldt korrekt udbudsprocedure, og de fejl, der måtte være ved annulationen, skyldes ikke usaglige hensyn. Indklagede har endvidere anført, at der - efter kommunens vurdering i dag - er sådanne mangler ved udbudsbetingelserne, at der ikke forsvarligt vil kunne indgås kontrakt på grundlag af de 4 tilbud, der er afgivet i henhold til de mangelfulde udbudsbetingelser. Situationen er derfor den, at kommunen i dag anser sig for at være forpligtet til at annullere udbudet med denne begrundelse.

Indklagede har vedrørende den mere subsidiaire påstand gjort gældende, at der ikke har foreligget en situation, hvor de laveste tilbud var unormalt lave i forhold til ydelsen, og at artikel 37, stk. 1, derfor ikke finder anvendelse.

Klagenævnet udtaler:

Tjenesteydelsesdirektivet indeholder ingen generel regel om, at en offentlig udbyder er forpligtet til at indgå aftale i forbindelse med et udbud, og det fremgår forudsætningsvis af artikel 12, stk. 2, at en offentlig udbyder, som ikke ønsker at indgå aftale, skal træffe beslutning om at annullere udbudet. Adgangen til at annullere et udbud er imidlertid ikke fri, og det må antages, at en offentlig udbyder, som uden saglig begrundelse annullerer et udbud, handler i strid med EU-udbudsreglerne. Det er derfor også i artikel 12, stk. 2, bestemt, at den offentlige udbyder efter anmodning skal meddele en tilbudsgiver begrundelsen for sin beslutning om at annullere et udbud.

Klagenævnet har gennemgået de 4 tilbud, der blev afgivet ved udbudet, og den vurdering af tilbudene, som kommunens externe tekniske rådgiver foretog, og kommunens tekniske direktør har i Klagenævnet redegjort for, hvorledes kommunen vurderede tilbudene og vurderede sin mulighed for at indgå aftale på grundlag af tilbudene - en vurdering der førte til beslutningen om at annullere udbudet. Der er ikke herved tilvejebragt grundlag for, at Klagenævnet kan fastslå, at kommunen har haft en saglig begrundelse for sin beslutning om at annullere tilbudet. Klagenævnet må derfor - som sagen er oplyst for Klagenævnet - konstatere, at kommunen ved sin annulation af udbudet har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet.

Efter lov om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 1, 1. pkt., kan Klagenævnet annullere ulovlige beslutninger truffet af offentlige udbydere, og der er intet grundlag for at antage, at denne bestemmelse ikke også omfatter ulovlige beslutninger om at annullere et udbud. Klagenævnet kan således, når en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne gør det påkrævet, annullere en sådan ulovlig beslutning.

I den foreliggende situation er der imidlertid ikke forhold, som kan begrunde, at Klagenævnet annullerer kommunens beslutning, og Klagenævnet træffer derfor afgørelse i overensstemmelse med klagerens subsidiære påstand.

Herefter bestemmes:

Tårnby Kommune har ved at annullere af sit udbud af 10. november 1995 vedrørende indsamling af dagrenovation m.v. i Tårnby Kommune handlet i strid med direktiv 92/50/EØF (Tjenesteydelsesdirektivet), idet kommunens begrundelse for annullationen ikke var saglig.

Indklagede skal i sagsomkostninger til klageren, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service, betale 4.000 kr. til dækning af klageafgiften. Beløbet betales inden 14 dage.