

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Trine Heidemann Garde, Niels Sørensen)

J.nr.: 2009-0019581

19. oktober 2009

K E N D E L S E

DSV Transport A/S

(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

I/S Vestforbrænding

(advokat Peter Stig Jakobsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 47-068433 af 6. marts 2009 udbød I/S Vestforbrænding som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en kontrakt vedrørende transport af fyldte containere fra Høje Taastrup Kommunes genbrugsstation, returnering af containere efter tømning samt tømning af »grengård« og transport af haveaffald til behandling.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 10. marts 2009, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 4. maj 2009 havde 8 virksomheder afgivet tilbud, herunder DSV Transport A/S. Den 3. juni 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med H. C. Container Service A/S.

Den 19. juni 2009 indgav klageren, DSV Transport A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, I/S Vestforbrænding. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 20. juli 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 7. september 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip, ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 samt Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, ved at afvise klageren som tilbudsgiver under udbuddet med den begrundelse, at klageren havde ophævet en kontrakt mellem parterne, at ophævelsen ved en efterfølgende voldgiftskendelse af 16. marts 2009 blev fundet uberettiget, og at klageren ved at ophæve kontrakten havde begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, jf. artikel 45, stk. 2, litra d.

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

Klageren har foruden påstand 1 nedlagt 2 yderligere påstande, der er subsidiære i forhold til påstand 1. Under henvisning til Klagenævnets begrundelse og resultat nedenfor har Klagenævnet udeladt de subsidiære påstande.

Sagens nærmere omstændigheder:

Udbudsbekendtgørelsen af 6. marts 2009 indeholder følgende beskrivelse af kontrakten:

»Kontrakten omfatter transport af fyldte containere fra Høje Taastrup kommunes genbrugsstation, beliggende Lervangen 1-3, 2630 Høje Taastrup, til de modtageanlæg/aflæsningssteder, der til enhver tid anvises af Vestforbrænding samt returnering af tomme containere efter tømning. Derudover omfatter ydelserne tømning af grengård samt transport af haveaffald til behandling.«

I udbudsbekendtgørelsen står endvidere:

»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 om at tilbudsgiver ikke er omfattet af en af de i artikel 45, stk. 2, litra a) til g) i Rådets direktiv 2004/18/EF, beskrevne situationer. ...«

I udbudsbetingelserne står der:

»1.16.1 Retlig situation

...

Hvis der i forhold til tilbudsgiver eller en deltager i et tilbudsgivende konsortium mv. foreligger en af udelukkelsesgrundene i art. 45, stk. 1-2, vil tilbudsgiver blive udelukket.«

Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

Den voldgiftssag, hvori der blev afsagt voldgiftskendelse den 16. marts 2009, var anlagt af indklagede mod klageren i denne sag. I voldgiftskendelsen står der bl.a.:

»Advokat Peter Stig Jakobsen har ved klageskrift af 19. april 2007 begæret en voldgiftsret nedsat i medfør af den mellem parterne indgåede Aftale vedrørende transport af affald fra genbrugsstationen i Gentofte Kommune 1. januar 2006 til 31. december 2010, pkt. XII (herefter tillige benævnt »Aftalen«).

2. Påstande:

A. Klagers påstande:

Principalt:

Indklagede tilpligtes til Klager at betale kr. 4.020.479,46 med tillæg af rente

Subsidiært:

Indklagede tilpligtes til Klager at betale et af voldgiftsretten fastsat mindre beløb.

Over for indklagedes påstand nedlægger Klager følgende påstand:

Frifindelse.

B. Indklagedes påstande:

Principalt:

Over for Klagers principale påstand og Klagers subsidiære påstand nedlægger Indklagede følgende påstand:

Frifindelse.

Indklagedes modkrav til selvstændig kendelse (som ændret under den mundtlige forhandling):

Klager tilpligtes at betale Indklagede et beløb stort kr. 950.000 kr. med tillæg af procesrente fra den 14. marts 2008, og indtil betaling sker.

3. Baggrunden for sagen

Ved et EU-udbud iværksat i marts 2005 udbød Klageren, som er et fælleskommunalt affaldsselskab, en kontrakt om levering af transport af affald fra genbrugsstationen i Gentofte Kommune. Kontrakten omfattede transport af fyldte containere fra genbrugsstationen til forskellige aflæsningssteder samt returnering af tomme containere efter tømning. Herudover omfattede kontrakten opstakning og tømning af haveaffald i grengård.

I udbudsmaterialet (dateret april 2005) var tildelingskriteriet angivet som "laveste pris", jf. udbudsvilkårenes pkt. 1.6.

...

Den 18. juli 2005 afholdtes der møde med deltagere fra begge parter, og det blev ifølge referater bl.a. understreget fra Klagers side, at genbrugsstationen i Gentofte, i lighed med genbrugsstationen i Gladsaxe, er meget stor og velbesøgt, og at der derfor "altid skal allokeres den nødvendige transportkapacitet", således at "transportordrerne altid kan effektueres uden forsinkelser".

Efter at der primo eller medio oktober 2005 afholdes endnu et møde mellem parterne (om hvis indhold der ikke foreligger klare oplysninger), indgås Aftalen, der er det retlige grundlag for tvisten i denne sag (underskrevet henholdsvis den 27. september og den 18. oktober 2005).

Aftalen, som efter sit indhold skulle gælde for perioden 1. januar 2006 og til 31. december 2010, afløste den aftale, som Klager tidligere efter offentliggjort udbud havde indgået med Renoflex, og som udløb med udgangen af december 2005.

Parterne er enige om, at det samlede antal containertransporter allerede i det første driftsår oversteg det i udbudsmaterialet angivne antal med tillæg af 25 %.

...

Ved skrivelse af 28. august 2006 afgav Indklagedes advokat påbud om, at Klager inden den 31. august 2006 skulle opsige Aftalen, idet det blev gjort gældende, at der var sket sådanne ændringer, at transportørens samlede ydelser var ændret væsentligt. Da Klager ikke opsagde Aftalen, ophævede Indklagedes advokat Aftalen ved skrivelse af 1. september 2006.

I september 2006 indgik parterne en såkaldt Interrimaftale (underskrevet af parterne henholdsvis den 15. og 25. september 2006). Denne aftale bestemte bl.a., at Klager skulle gennemføre et nyt udbud af opgaven, medmindre der senest den 31. oktober 2006 blev fundet en endelig løsning af tvisten ved mediation. Udbuddet skulle gennemføres således, at en ny aftale skulle have virkning fra den 16. marts 2007. Indklagede skulle i tiden fra den 16. september og frem til 15. marts 2007 fortsætte opfyldelsen af Aftalen med den følge, at ophævelsen først skete med virkning fra denne dato. Ud over de i Aftalen fastlagte beløb, skulle Indklagede som betaling i denne periode modtage et vederlag på 60.000 kr. pr. måned.

Der blev ikke opnået enighed ved mediation, og klager gennemførte derfor et nyt udbud, som der var lagt op til i interimaftalen.

Indklagede vandt dette nye udbud, og der er på denne baggrund indgået en ny aftale med Klager og Indklagede.

...

5. Voldgiftsrettens begrundelse og resultat:

5.1. Udbuddet og aftaleindgåelsen

Det af Klager i foråret 2005 gennemførte udbud af kontrakt om levering af transport af affald fra genbrugsstationen i Gentofte Kommune fandt sted på grundlag af det udbudsmateriale, som der refereres til i Aftalen, og som udgør aftalegrundlaget i forholdet mellem denne sags parter.

Et af de centrale spørgsmål i sagen er, hvorvidt den manglende oplysning i udbudsmaterialet om stigningen i affaldsmængden, og de heraf afledte håndteringsproblemer på genbrugspladsen i Gentofte, udgjorde en misligholdelse, der gav Indklagede ret til at hæve aftalen.

Udbudsmaterialet indeholdt oplysning om, at Klager skønnede det samlede antal containere omfattet af kontrakten til at udgøre 4.644 (excl. Tons og flytninger på pladsen) pr. år. Det er ubestridt, at de faktiske mængder i både 2005 og de følgende år oversteg det af Klager estimerede med betydelige mængder. Det må ligeledes ud fra de afgivne forklaringer, herunder det af Henrik Christoffersen forklarede, lægges til

grund, at de øgede mængder affald gav anledning til en del håndteringsproblemer på genbrugsstationen.

Spørgsmålet er imidlertid, om Klager har afgivet forkerte eller misvisende oplysninger af væsentlig betydning eller har tilbageholdt relevante oplysninger af væsentlig betydning for Indklagedes bud.

På grundlag af den stedfundne bevisførelse, herunder navnlig de af Brit Schøt-Nielsen og Marcus Müller afgivne forklaringer, finder voldgiftsretten ikke anledning til at betvivle, at de i udbudsmaterialet angivne, skønnede mængder var udtryk for det, som Klageren på tidspunktet for udbuddets iværksættelse reelt vurderede som værende de relevante mængder.

Voldgiftsretten finder heller ikke at der, omstændighederne taget i betragtning, har eksisteret et grundlag, og dermed eventuelt en pligt, for Klageren til på mødet den 18. juli 2008 eller på mødet primo/medio oktober at orientere Indklagede om udviklingen i affaldsmængderne.

Voldgiftsretten finder ej heller, at de problemer, som den tidligere operatør, Renoflex oplevede, og som efter det af Brit Schøt-Nielsen forklarede i væsentligt omfang var knyttet til netop Renoflex' løsning af transportopgaven, var af en sådan art og af et sådant omfang, at de burde være oplyst i udbudsmaterialet.

I udbudsmaterialet indgik et vilkår om, at mængdeangivelserne alene var af vejledende karakter og således ikke forpligtende for Klageren. Hertil kommer, at det var et vilkår for udbuddet, at det påhvilede tjenesteyderen, forud for tilbudsafgivelse, selv at orientere sig om lokale forhold af betydning for udførelsen af den udbudte ydelse. På linje hermed har Henrik Christoffersen under sagen forklaret, at han på Indklagedes vegne besigtigede genbrugspladsen i Gentofte. Det bemærkes i denne forbindelse, at tilbudsgiverne efter bestemmelserne i udbudsmaterialet tillige havde mulighed for at stille spørgsmål til udbudsmaterialet. En sammenligning af genbrugspladsen i Gentofte med genbrugspladserne i Ølstykke og Frederikssund, som Indklagede efter det af Henrik Christoffersen forklarede kendte til, ville have vist, at affaldsmængden i 2004 pr. m² plads i Gentofte langt oversteg de tilsvarende mængder på de to andre pladser. Genbrugspladsen i Gentofte var således atypisk på dette punkt.

Der er heller ikke grundlag for at antage, at Klager har afgivet forkerte eller misvisende oplysninger eller har tilbageholdt oplysninger af betydning for Indklagedes bud. Når hertil kommer, at udbudsmaterialet pålægger budgivere selv at undersøge forholdene i forbindelse med genbrugspladsen, hvilket må omfatte affaldsmængder, pladsforhold

osv., finder voldgiftsretten ikke, at den manglende oplysning om de øgede affaldsmængder konstituerer en misligholdelse fra Klagers side.

Også de øvrige af Indklagede fremførte forhold vedrørende bl.a. de logistiske forhold på genbrugspladsen og vejarbejder er anliggender, som det enten måtte påhvile Indklagede at undersøge før afgivelse af bud, eller som Indklagede i henhold til udbuddet skulle bære risikoen for. Disse forhold kan derfor ikke udgøre grundlag for krav mod Klager med udgangspunkt i udbuddet.

5.2 Forløbet efter aftaleindgåelsen

Efter Aftalens pkt. XI kan det samlede antal transporter pr. år for hele genbrugsstationen ændres med i alt 25 %, uden at dette får indflydelse på enhedspriserne, som endelig afregning sker efter.

Ændring i Aftalen, der omfangsmæssigt ændrer tjenesteyderens samlede ydelser væsentligt, medfører ret og pligt for Klager til at opsige aftalen. Klager har i den forbindelse gjort gældende, at ændringer skal forstås som egentlige aftaleændringer, dvs. kvalitative ændringer, mens ændringer i affaldsmængderne ikke er omfattet. Indklagede har heroverfor navnlig påberåbt sig entrepriseretlige ændringsregler.

Voldgiftsretten bemærker, at udgangspunktet for bedømmelsen af sagens spørgsmål må tages i den foreliggende Aftale, som bl.a. inkorporerer udbudsmaterialet som en del af aftalegrundlaget. Efter voldgiftsrettens opfattelse har det ingen særlig betydning, om man tager en udbudsretlig eller entrepriseretlig tilgang til spørgsmålene.

Voldgiftsretten finder ikke, at det kan udelukkes, at også ændringer i affaldsmængden efter omstændighederne kan udgøre eller føre til en ændring af Aftalen. Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende situation, hvor den konstaterede ændring i affaldsmængden og håndteringen heraf er forhold, som Indklagede efter vilkårene i udbudsmaterialet bærer risikoen for. Ændringerne i affaldsmængden har derfor ikke medført en ret og pligt for Klager til at opsige Aftalen.

25%-reglen indebærer, at der ved mængdemæssige ændringer indenfor 25 % ikke sker en ændring af enhedspriserne. Overstiger den mængdemæssige ændring de 25 %, må bestemmelsen forstås således, at enhver af parterne kan kræve genforhandling af enhedsprisen. I den forbindelse er der ikke, som gjort gældende af Klager, belæg for at begrænse bestemmelsen til mængderestriktioner. Bestemmelsen omfatter efter sin ordlyd både reduktioner og stigninger i mængden.

På baggrund af den stedfundne bevisførelse, herunder de afgivne forklaringer, lægger voldgiftsretten til grund, at der har været drøftelser mellem parterne med henblik på at finde en for begge parter tilfredsstillende løsning på problemerne. Drøftelserne viste sig imidlertid resultatløse. Spørgsmålet om, hvilket enhedspriser genforhandlinger efter Aftalen og alt foreliggende burde have resulteret i, blev ikke indbragt for en voldgiftsret.

I forløbet frem til ophævelsen den 1. september 2006 af Aftalen gjorde Indklagede gældende, at der påhvilede Klager en pligt til at opsiges Aftalen, hvilket Klager afviste. Dette førte til, at Indklagede ophævede Aftalen. I denne forbindelse bemærkes, at de efterfølgende begivenheder, herunder indgåelsen af Interimaftalen, ikke ændrer på, at der var tale om en ophævelse af Aftalen.

Aftalen hjemler ikke adgang til, at Indklagede foretager et sådant skridt i en situation som denne. Klager har ikke i øvrigt udvist en adfærd, der kan berettige, at Aftalen ophæves, hvorved bemærkes, at resultatløse genforhandlinger ikke – i hvert fald ikke under de foreliggende omstændigheder – i sig selv kan begrunde en ophævelse. Voldgiftsretten bemærker i den forbindelse, at Klager inden ophævelsen lod Indklagede vide, at man ville overveje at lade dele af de udbudte affaldsfraktioner køre af Klager selv, således at Indklagedes opgaver i relation til Gentofte genbrugsstation blev begrænset. Indklagede forfulgte dog efter det oplyste ikke denne mulighed.

Voldgiftsretten finder på denne baggrund, at Indklagede har ophævet Aftalen med urette, hvilket i sig selv udgør en væsentlig misligholdelse af Aftalen, der forpligter Indklagede til at erstatte Klager det herved påførte tab.

5.3 Det økonomiske opgør

Da voldgiftsretten ikke finder anledning til at stille spørgsmålstejn ved størrelsen af omkostningerne til Carl Bro og Bech-Bruun i forbindelse med det nye udbud, og eftersom Indklagede ikke har bestridt de øvrige dele af Klagers tabsopgørelse, tilkender voldgiftsretten Klageren erstatning i overensstemmelse med Klagers påstand.«

I interimaftalen, der blev underskrevet af parterne den 15. og 25. september 2006, står der bl.a.:

»4. Aftale om ophævelsestidspunkt

4.1 DSV TRANSPORT A/S og VF er enige om, at DSV TRANSPORT A/S uforandret fortsætter opfyldelse af Aftalen til og med den 15. marts 2007.

4.2 DSV TRANSPORT A/S er forpligtet til at fortsætte opfyldelse af Aftalen frem til og med den i 4.1 nævnte dato.

4.3 15. marts 2007 bliver dermed ophævelsestidspunktet.

...

5.3 DSV TRANSPORT A/S har bestridt, at de på nogen måde er forpligtet til at opfylde Aftalen, da denne er hævet som væsentligt misligholdt af VF, men har i erkendelse af VF's behov for at få opgaven løst, erklæret sig villige til at bistå VF med dette frem til den 15. marts 2007 mod betaling af det under 5.5 nævnte ekstra beløb, hvorved DSV TRANSPORT A/S fortsat erklærer at lide et væsentligt, månedligt tab.

5.4. VF stiller det som betingelse, og DSV Transport A/S accepterer, at VF tager et fuldt tilbagesøgningsforbehold for enhver ekstra betaling i forhold til Aftalen, og ethvert tilbagesøgningsbeløb tillægges renter med diskontoen tillagt 4 %.

...

5.5 Som ekstra betaling yder VF ud over de i Aftalen fastlagte beløb et vederlag på kr. 60.000 kr. pr. måned for perioden 16. september 2006 til 15. marts 2007. ...«

I indklagedes brev af 15. maj 2009 til klageren står der bl.a.:

»Vi har modtaget Deres Tilbud i forbindelse med – Transport af affald fra genbrugsstationen i Høje Taastrup Kommune.

Tilbuddet vil ikke blive evalueret.

Vestforbrænding er forpligtet til at udelukke DSV fra deltagelse i dette udbud.

...

I udbudsvilkårene, afsnit 1.11.1, havde Vestforbrænding anført følgende:

”Hvis der i forhold til tilbudsgiver eller en deltager i et tilbudsgivende konsortium mv. foreligger en af udbudsgrundene i art. 45, stk. 1-2, vil tilbudsgiver blive udelukket.”

Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, har denne ordlyd:

...

I voldgiftssagen mellem DSV og Vestforbrænding blev DSV den 16. marts 2009 dømt for med urette at have hævet en gyldigt indgået kontrakt, og DSV blev pålagt at betale erstatning til Vestforbrænding.

Vestforbrænding betragter DSV's uberettigede ophævelse af kontrakten som en alvorlig fejl, som er omfattet af udbudsdirektivets artikel 45.

Formuleringen af udbudsvilkårenes afsnit 1.11.1 giver ikke Vestforbrænding nogen mulighed for at acceptere DSV's tilbud.

Vi er derfor forpligtet til på dette grundlag at afvise Deres tilbud.«

I indklagedes brev af 4. juni 2009 til klageren står der:

»Transportudbud

I forbindelse med udbud af transport af affald fra genbrugsstationer, skal det hermed meddeles, at Vestforbrændings ledelse har besluttet, at DSV Transport ikke kan deltage i udbud af "transport af affald fra genbrugsstationer".

Begrundelsen for denne beslutning er angivet i brev til DSV Transport, dateret 15. april 2009 [15. maj 2009].

For god ordens skyld bemærkes, at tilsvarende kan være relevant for andre udbud end transport af affald fra genbrugsstationer.

Denne meddeles for at DSV Transport ikke bruger unødvendige ressourcer på udarbejdelse af offentlige tilbud, som ikke vil blive evalueret.«

I indklagedes duplik af 28. august 2009 står der bl.a.:

»Som påpeget af DSV, er der ikke i udbudsdirektivet indeholdt nogen forældelsesfrist i relation til artikel 45, stk. 2, litra d. Dette berettiger på den ene side vel den enkelte ordregiver til selv at forholde sig til, for hvilken periode en konstateret alvorlig fejl bør medføre udelukkelse efter bestemmelsen. På den anden side kan der argumenteres for, at den ordregivende myndighed forholder sig til dette spørgsmål. Vestforbrænding har herefter forholdt sig til dette spørgsmål og forventer i relation til DSV, at udelukkelsen fra tilsvarende udbud vil gøre sig gældende i en periode på op til 5 år, regnet fra voldgiftsrettens kendelse den

16. marts 2009, at oplysninger om ændringer i ejerkreds eller ledelse vil kunne afkorte denne periode, og at eventuelle gentagelser af alvorlige fejl ligeledes vil skulle inddrages i en eventuel vurdering af forlængelse af perioden.«

Indklagede har under mødet i Klagenævnet erklæret, at indklagede under fremtidige udbud som det, sagen vedrører, i den nævnte 5-årige periode og med den anførte begrundelse også vil afvise en virksomhed som tilbudsgiver, der har klageren som underleverandør.

Forklaringer:

Lars B. Christoffersen, administrerende direktør hos klageren, har forklaret, at klageren i det senest afsluttede regnskabsår omsatte for 711 mio. kr. Selskabet har ikke haft andre voldgifts- eller retssager end sagen med indklagede. Indklagedes afvisning af klageren som tilbudsgiver vil ramme klageren meget hårdt, både i form af direkte økonomisk tab og i form af en række afledte effekter for klagerens »basisforretning«. Klageren betjener foruden indklagede mange andre offentlige kunder. Klageren fortsatte efter ophævelsen af kontrakten med at levere de ydelser, der var omfattet af den ophævede kontrakt, fordi det er klagerens politik ikke at »løbe fra pladsen«. Det gælder også, selvom kontrakten måtte vise sig ikke at være rentabel. På nuværende tidspunkt er der 7 kontrakter i kraft mellem klageren og indklagede. Under den seneste strejke har klageren uden afbrydelser betjent genbrugspladserne i Gentofte og Gladsaxe. Hovedparten af de køretøjer, klageren disponerer over, tilhører underleverandører.

Henrik Christoffersen har forklaret, at han siden 2001 har haft ansvaret for klagerens betjening af genbrugspladser. Den tvist med indklagede, der er afgjort ved voldgiftskendelsen, er atypisk for samarbejdet mellem klageren og indklagede, idet samarbejdet i øvrigt har været velfungerende. Klageren har i perioden fra ophævelsen af aftalen og indtil den 15. marts 2007 betjent genbrugspladsen i Gentofte.

Marcus Müller, driftschef hos indklagede, har forklaret, at indklagede er en offentlig virksomhed, der ejes af 19 kommuner. Virksomheden drives efter »hvile i sig selv» princippet. Der er 24 genbrugsstationer i indklagedes område. Genbrugsstationerne er næsten altid åbne, og affaldet, der er opdelt i 24-25 »fraktioner«, skal køres bort flere gange dagligt til flere forskellige behandlingsanlæg. Genbrugspladsen i Gentofte Kommune har det højeste

besøgstal og de største affaldsmængder med ca. 1.000 besøgende om dagen. Kontrakten vedrørende denne genbrugsstation trådte i kraft den 1. januar 2006. I maj 2007 opstod der problemer. Der var stigende affaldsmængder på alle genbrugsstationerne. Klageren beklagede sig over affaldsmængderne, de trafikale forhold samt genbrugspladsens indretning og åbningstider, selvom kontrakten tog højde herfor. Han tog det som udtryk for, at klageren havde fortrudt prisen. Han oplevede klageren som meget stejl, bl.a. fordi klageren ønskede, arbejdet blev betalt efter tidsforbrug. Indklagede fremsatte forskellige tilbud, herunder at købe en »ventende bil«. Som følge af den indgåede kontrakt var der dog grænser for, hvor langt indklagede kunne gå. Det var meget problematisk, at klageren ophævede kontrakten. Hvis der skulle findes en anden operatør, måtte genbrugspladsen lukke i en periode, ligesom en anden operatør ville kræve en væsentligt højere betaling, end indklagede havde aftalt med klageren. Indklagede kunne ikke selv have kørt med containerne fra pladsen. Der var ikke mulighed for at benytte de øvrige genbrugspladser som »aflastning«. Indklagede mente efter ophævelsen af kontrakten, at klageren ikke var en pålidelig kontraktpartner. Det udbud, der blev gennemført som følge af ophævelsen, kostede indklagede tid og penge. Indklagedes beslutning om at udelukke klageren blev truffet på direktionniveau. Det var vigtigt at vise de vognmænd, der betjente de øvrige genbrugspladser, at uberettiget ophævelse af en kontrakt havde konsekvenser. En tilbudsgiver, der har klageren som underleverandør, vil også blive udelukket under fremtidige udbud om betjening af genbrugsstationer. Det er muligt, at indklagede vil kunne acceptere klageren som transportør af f.eks. slagger, da dette ikke er en kompliceret opgave. Klageren fortsatte efter ophævelsen af kontrakten med at betjene genbrugspladsen. Indklagede underskrev interimaftalen under pres, idet indklagede ikke kunne få andre transportører til at udføre transporterne.

Britt Schøtt Nielsen, specialkonsulent hos indklagede, har forklaret, at hun har ansvaret for indklagedes udbud vedrørende genbrugsstationer. Hun har haft med begge udbud for genbrugsstationen i Gentofte at gøre. Hun deltog i møderne mellem indklagede og klageren. Hun forstod, at klageren havde »regnet forkert på opgaven«. Klageren klagede også over pladsproblemer og problemer med vejarbejde, men det var forhold, der var taget højde for i kontrakten. Indklagede afviste klageren som tilbudsgiver under udbuddet, fordi indklagede var betænkelig ved, om klageren kunne finde på at »løbe fra en kontrakt«.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip, ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, ved at afvise klageren som tilbudsgiver under udbuddet med den begrundelse, at klageren tidligere uberettiget har ophævet en kontrakt mellem parterne.

Klageren har nærmere anført, at selvom indklagede ved voldgiftskendelsen af 16. marts 2009 fik medhold i, at klagerens ophævelse af kontrakten var uberettiget, har klageren ikke af den grund begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv. Artikel 45, stk. 2, litra d, må fortolkes således, at en virksomhed alene kan afvises som tilbudsgiver under et udbud, hvis virksomheden har begået alvorlige fejl i forbindelse med den egentlige drift af virksomhedens erhvervsvirksomhed. Klageren har ikke overtrådt offentligretlig lovgivning, der regulerer klagerens erhvervsvirksomhed. Klageren har heller ikke leveret mangelfulde ydelser. Klagerens ophævelse af kontrakten med indklagede vedrører alene det kontraktretlige forhold mellem parterne, nemlig spørgsmålet om klageren var berettiget til merbetaling for transport af affaldsmængder, der væsentligt overskred de aftalte mængder. Ophævelsen af kontrakten vedrører således ikke den egentlige drift af klagerens erhvervsvirksomhed. Indklagede har ikke løftet bevisbyrden for, at betingelserne i artikel 45, stk. 2, litra d, er opfyldt, og klageren skal derfor have medhold i påstand 1. Hvis klageren ikke får medhold, vil konsekvensen være, at en virksomhed reelt afskæres fra at ophæve en kontrakt, som virksomheden mener sig berettiget til at ophæve. Der vil nemlig i givet fald være risiko for, at virksomhedens ophævelse af en kontrakt under en efterfølgende retssag eller voldgiftssag underkendes, og at ordregiveren herefter efter artikel 45, stk. 2, litra d, afviser virksomheden som tilbudsgiver under udbuddet. En sådan retstilstand ville være uantagelig og uhensigtsmæssig.

Indklagede har principalt gjort gældende, at indklagede var forpligtet til at afvise klagerens tilbud, subsidiært at indklagede var berettiget hertil.

Indklagede har vedrørende det principale anbringende nærmere henvist til, at det følger af udbudsbetingelserne, at indklagede havde pligt til at afvise klageren som tilbudsgiver under udbuddet, hvis betingelserne i artikel 45, stk. 2, litra d, var opfyldt, hvilket var tilfældet for så vidt angår klageren. Indklagede har vedrørende det subsidiaire anbringende nærmere anført, at indklagede var berettiget til at afvise klageren som tilbudsgiver under udbuddet, da betingelserne i artikel 45, stk. 2, litra d, var opfyldt, og at afvisningen ikke var uproportional eller i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Indklagede har vedrørende begge anbringender nærmere anført, at artikel 45, stk. 2, litra d, ikke skal fortolkes således, at en virksomhed kun kan afvises som tilbudsgiver under et udbud, hvis virksomheden har begået alvorlige fejl i forbindelse med den egentlige drift af virksomhedens erhvervsvirksomhed. En virksomhed, der på en særligt kvalificeret måde har optrådt uprofessionelt i kontraktforhold, vil også kunne udelukkes efter reglen. Som eksempel kan nævnes, at virksomheden har leveret mangelfulde ydelser, eller at der foreligger forsinkelse eller uberettiget ophævelse af kontrakten fra virksomhedens side, forudsat at et sådant kontraktbrud medfører alvorlige konsekvenser for ordregiveren. Klagerens uberettigede ophævelse af kontrakten vedrørende transport af affald fra genbrugsstationen i Gentofte Kommune stillede indklagede i en meget vanskelig situation, idet indklagede var forpligtet til løbende at bortskaffe affaldet fra genbrugsstationen. Indklagede er afhængig af, at de kontrakter, indklagede har indgået om bortskaffelse af affald, opfyldes korrekt og til tiden. Den uberettigede ophævelse af kontrakten svarede de facto til, at klagerens ydelse i sin helhed var mangelfuld, eller til forsinkelse, hvor levering slet ikke fandt sted. Efter kontraktforholdet mellem parterne havde klageren mulighed for at indbringe den tvist, der førte til klagerens ophævelse af kontrakten, for en voldgiftsret, hvilket klageren undlod. Den uberettigede ophævelse af kontrakten var et i forhold til tvisten mellem parterne unødvendigt og uforholdsmæssigt vidtgående skridt. Der var tale om en helt uprofessionel handlemåde fra klagerens side. Indklagede konstaterede efter den uberettigede ophævelse, at klageren ikke var en pålidelig kontraktpartner. Det forhold, at indklagede ved voldgiftskendelsen blev tilkendt erstatning, og at erstatningen nu er betalt, har ikke genoprettet indklagedes tillid til klageren som en pålidelig kontraktpart.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Efter artikel 45, stk. 2, litra d, kan en virksomhed afvises som tilbudsgiver under et udbud, hvis virksomheden »i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret«.

Artikel 45, stk. 2, litra d, er placeret i Udbudsdirektivets Kapitel VII, Afdeling 1, der bl.a. indeholder almindelige bestemmelser om egnethedsundersøgelser af virksomheder, der deltager i udbud. Det må efter reglens ordlyd, formål og reglens placering i Udbudsdirektivet antages, at en virksomhed alene kan afvises efter artikel 45, stk. 2, litra d, som tilbudsgiver under et udbud, hvis den fejl, virksomheden har begået, (1) vedrører udøvelsen af virksomhedens erhverv, (2) er af en vis betydelig grovhed, og (3) fejlen efter en saglig, objektiv vurdering er af væsentlig betydning for virksomhedens egnethed som kontraktpart.

Beføjelsen i artikel 45, stk. 2, litra d, skal i øvrigt udøves under iagttagelse af det EU-retlige proportionalitetsprincip.

Klagenævnet har foretaget en samlet vurdering af omstændighederne i forbindelse med klagerens ophævelse af kontrakten, herunder navnlig transportaftalens indhold, baggrunden for tvisten mellem parterne, forløbet frem til ophævelsen af kontrakten, forløbet herefter, herunder indholdet af interimaftalen, der blev overholdt af klageren, udfaldet af voldgiftssagen, samt at klageren har betalt den erstatning på 4.020.479,46 kr. med renter, som voldgiftsretten fastsatte. Klagenævnet har desuden lagt vægt det oplyste om parternes øvrige, generelt velfungerende samarbejde igennem en årrække om flere andre, tilsvarende kontraktforhold.

Det er herefter Klagenævnets vurdering, at den fejl, klageren begik ved uberettiget at ophæve kontrakten med indklagede, vedrører udøvelsen af klagerens erhverv, hvorfor betingelse (1) er opfyldt. Imidlertid er fejlen ikke af sådan grovhed, at der er tale om en »alvorlig fejl«, og betingelse (2) er derfor ikke opfyldt. Der er heller ikke tale om en fejl, der efter en saglig, objektiv vurdering er af væsentlig betydning for klagerens egnethed som kontraktpart, jf. betingelse (3).

Indklagede var derfor ikke berettiget til efter artikel 45, stk. 2, litra d, at afvise klageren som tilbudsgiver under udbuddet, og Klagenævnet tager påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip, ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 samt Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, ved at afvise klageren som tilbudsgiver under udbuddet med den begrundelse, at klageren havde ophævet en kontrakt mellem parterne, at ophævelsen ved en efterfølgende voldgiftskendelse af 16. marts 2009 blev fundet uberettiget, og at klageren ved at ophæve kontrakten havde begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, jf. artikel 45, stk. 2, litra d.

Indklagede, I/S Vestforbrænding, skal i sagsomkostninger til klageren, DSV Transport A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig