

Klagenævnet for Udbud

(A.F. Wehner, Jens Fejøl, Jørgen Egholm)

96-160.309

29. oktober 1997

K E N D E L S E

Esbjerg Andels Renovationsselskab A/S
(advokat Jørgen Christiansen, København)

mod

Rødning Kommune
(advokat Bjarne L. Ditlevsen, Vojens)

Denne, for Klagenævnet ved klageskrift af 23. oktober 1996 indbragte sag vedrører spørgsmålet om, hvorvidt indklagede, Rødning Kommune ved beslutning truffet den 25. juni 1996 om overdragelse af bortkørsel m.v. af dagrenovation har overtrådt direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (tjenesteydelsesdirektivets) artikel 3, stk. 2.

Sagens omstændigheder er følgende:

Ved udbudsbekendtgørelse, afsendt af indklagede den 20. december 1995 udbød indklagede sammen med Vojens og Nørre Rangstrup Kommuner i begrænset udbud tjenesteydelsen »affaldsbortskaffelse« omfattende indsamling og transport i de 3 udbydende kommuner.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår iøvrigt:

».....

6. Antallet af tjenesteydere, der vil blive opfordret til at afgive tilbud indtil 7 tjenesteydere pr. kommune.

.....

8. Kontraktperiode
5 år, med ikrafttrædelse 1. januar 1997.

.....

10. Sidste frist for anmodning om deltagelse

.....

- c. Anmodning om prækvalifikation sendes til: A/S Samfundsteknik.....

.....

14. Tildelingskriteriet

Økonomisk mest fordelagtige tilbud vurderet på baggrund af drifts- og leveringssikkerhed, økonomiske og organisatoriske forhold, kvalitetssikring, referencer og tilbudspris (ikke prioriteret rækkefølge),.....«

Ved skrivelse af 9. februar 1996 meddelte indklagedes rådgiver, A/S Samfundsteknik, klageren, Esbjerg Andels Renovationsselskab A/S (E.A.R. A/S), at denne virksomhed var blevet prækvalificeret til at afgive tilbud på entreprisen »Indsamling og transport af dagrenovation« (i Rødding Kommune). I skrivelsen hedder det om tildelingskriterier:

»Valg af tilbudsgiver, hvormed der vil blive optaget kontraktforhandling, vil ske på baggrund af det for Rødding Kommune »mest fordelagtige tilbud«, og tilbudet vurderes på baggrund af kriterier som anført i udbudsmaterialet«.

Af den medfølgende »Beskrivelse og betingelser for indsamling og transport af dagrenovation« fremgår bl.a:

».....

Valg af tilbud

Rødding Kommune vil blandt de indkomne tilbud vælge det efter kommunens vurdering økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Rødding Kommune forbeholder sig ret til at forkaste samtlige tilbud samt til at antage en del af et afgivet tilbud.

Følgende kriterier vil blive lagt til grund for vurderingen af tilbudene. Kriterierne er skrevet i uprioriteret rækkefølge og vægtes ligeværdigt:

- Drifts- og leveringssikkerhed
- Tilbudsgivers økonomiske og organisatoriske forhold
- Kvalitetssikring og -styring
- Referencer fra tilbudsgivers nuværende og tidligere kunder
- De afgivne tilbudspriser«.

Udover klagerne havde følgende andre virksomheder opnået prækvalifikation:

Kiras A/S, Kolding, A/S Mortalin, Haslev, Jydsk Industrirenovation, Vamdrup, Østjydsk Miljøservice A/S, Vejle, VMG ApS, Rødding, der hidtil leverede den nu udbudte ydelse og Leth's Renovation A/S, Ribe.

Efter afholdt licitation den 21. marts 1996, og efter at A/S Samfundsteknik ved skrivelsen af 25. april 1996 overfor indklagede havde vurderet de indkomne tilbud, vedtog indklagedes Tekniske Udvalg den 8. maj 1996 med 4 stemmer for og en imod, at overdrage arbejdet til klageren. Mindretallet ønskede arbejdet overdraget til VMG ApS, Rødding, 2 medlemmer af udvalget undlod at stemme.

Den 22. maj 1996 vedtog et flertal i indklagedes økonomiudvalg at støtte flertalsindstillingen fra Teknisk Udvalg, et medlem ville støtte samme udvalgs mindretal, og et medlem undlod at stemme.

På et kommunalbestyrelsesmøde den 28. maj 1996 blev sagen udsat på grund af undersøgelse af og overvejelser over konsekvenserne ved at tilsidesætte Samfundstekniks bedømmelse.

På et møde den 19. juni 1996 i indklagedes økonomiudvalg »indstilles det godkendt, at den socialdemokratiske gruppes pointgivning i punkterne A-D godkendes. Med grundlag i en beregning af prisen pr. kvalitetspoint indstilles det herefter, at VMG overdrages arbejdet med indsamling og transport af dagrenovation«.

Ved skrivelse af 8. juli 1996 fik den valgte tilbudsgiver (VMG ApS) og de ikke valgte tilbudsgivere, bl.a. klageren underretning om kommunalbestyrelsens beslutning.

Ved bekendtgørelse afsendt den 18. september 1996 til EF-Tidende meddelte indklagede bl.a. følgende:

».....

2. Den valgte udbudsform, begrundelse (artikel 11, stk. 3):
Begrænset udbud.
3. Tjenesteydelsens kategori og beskrivelse. CPC-nummer: CPV:
90002300.

Kategori 16, affaldsbortskaffelse.
CPC-reference 94.

4. Dato for tildeling af ordren: 12.9.1996.
5. Kriterier: Det økonomiske mest fordelagtige.
6. Modtagne bud: 7.
7. Valgte tjenesteydere: V.M.G.,, DK-6660 Lintrup.

.....«

Af sagens øvrige oplysninger fremgår bl.a., at klageren havde tilbudt at levere ydelsen for en entreprisepå 2.484.201 kr. tilbudet fra V.M.G. (Vognmændenes Miljø- og Genbrugsservice ApS, var på 2.563.144 kr. (begge beløb eksklusive moms).

Det hændelsesforløb, der førte frem til indklagedes accept af tilbudet afgivet af V.M.G. ApS, førte til en række skrivelser til indklagede.

Ved skrivelse af 1. august 1996 tilskrev indklagede Det kooperative Fællesforbund, bl.a. således:

»1 Begrundelse.

Af det udsendte udbudsmateriale fremgik, at Rødding Kommune blandt de indkomne tilbud ville vælge det efter kommunens vurdering økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Det fremgik endvidere, at nedenstående kriterier ville udgøre grundlaget for vurderingen. Kriterierne var nævnt i uprioriteret rækkefølge og skulle vægtes ligeværdigt:

- A. Drifts- og leveringssikkerhed.
- B. Tilbudsgivers økonomiske og organisatoriske forhold.
- C. Kvalitetssikring og -styring.
- D. Referencer fra tilbudsgivers nuværende og tidligere kunder.
- E. De afgivne priser.

Kommunalbestyrelsen har vedrørende vurderingen af kriterierne A-D benyttet en pointskala fra 1-7, hvor 7 er højest.

.....

Efterfølgende er der foretaget en beregning af udgiften pr. kvalitetspoint, idet det nævnte pointtal er sat i relation til den samlede entreprisensum. EAR A/S opnår herved en udgift pr. kvalitetspoint på 92.007,00 kr., hvilket er det næstbedste økonomisk fordelagtige tilbud for Rødning Kommune

Kommunalbestyrelsen skal endvidere bemærke, at prækvalifikation og afgivelse af billigste tilbud ikke i sig selv indebærer krav om at blive valgt som entreprenør, og henviser i denne forbindelse til direktivets artikel 27, hvoraf det fremgår, at mindst tre ansøgere skal prækvalificeres ved begrænset udbud, og til direktivets artikel 36, der handler om kriterier for tildeling af ordren, hvoraf fremgår at billigste/laveste pris ikke definatorisk er identisk med det økonomisk mest fordelagtige tilbud for ordregiveren.

.....«

Der er under sagen, af klageren nedlagt følgende påstande:

- »1: Indklagedes beslutning af den 25. juni 1996 om overdragelse af dagrenovation i Rødning Kommune til VMG ApS, industrivej 1c, 6630 Rødning for en periode af 5 år fra den 1. januar 1997 til den 31. december 2001 kendes ugyldig som værende i strid med Rådets direktiv 92/50/EØF, art. 3, stk. 2, jvf. Bekendtgørelse nr. 415 af 22. juni 1993.
- 2: Indklagede idømmes en bøde for manglende overholdelse af Rådets direktiv 92/50/EØF art. 3, stk. 2 og art. 12, stk. 3, jvf. Bekendtgørelse nr. 415 af den 22. juni 1993 §6, stk. 1, jvf. stk. 2.
- 3: Indklagede tilpligtes til at betale klagers sagsomkostninger i forbindelse med klagesagen, hvilke udgør kr. 25.000,00 til klager og forventede omkostninger til advokat kr. 45.000,00 (excl. Moms), jvf. Lov om Klagenævn for Udbud §13c og Bekendtgørelse om Klagenævn for Udbud §19, stk. 5. Endvidere tilpligtes indklagede til at betale, det af klager betalte gebyr kr. 4.000,00. I alt kr. 85.250,00.«

Indklagede har nedlagt følgende påstande:

- »Ad klagers påstand nr. 1: Frifindelse.
- Ad klagers påstand nr. 2:

Principal:	Afvisning.
Subsidiært:	Frifindelse.
Ad klagers påstand nr. 3:	
1. For så vidt angår sagsomkostninger: Frifindelse.	
2. For så vidt angår øvrigt krav:	
Principal:	Afvisning.
Subsidiært:	Frifindelse.«

Klagen har været mundtligt forhandlet i et møde den 9. september 1997. Der er for nævnet afgivet forklaringer af direktør hos klageren, Leif Kristoffersen og økonomidirektør hos indklagede Normann Pedersen.

Leif Kristoffersen har blandt andet forklaret, at han har deltaget i adskillige licitationer. Han har stiftet bekendtskab med »pointsystemer« i forbindelse med prækvalifikationen, men ikke ved beslutningen om hvilket tilbud, der antages. Her er det normalt prisen, der er afgørende. På mødet den 21. marts 1996 blev intet oplyst om, at der ville blive foretaget en vægtning af de indkomne tilbud efter et pointsystem. Han fik på forespørgsel af Samfundstekniks repræsentant, Kjeld Hansen, at vide, at klageren var indstillet som den virksomhed, der skulle have opgaven, men at der foregik ting, hvormed Kjeld Hansen ikke havde hånd i hanke. For Kjeld Hansens vedkommende var der ingen tvivl om, at opgaven ville blive tildelt klageren.

Normann Pedersen har bl.a. forklaret, at han kort før et udvalgsmøde af en kommunalpolitiker fik oplyst, at »man havde et problem«, idet der var uenighed vedrørende nogle vurderinger af de fremkomne tilbud. Hans svar til vedkommende var, at udvalget kunne vurdere, som det ville, men udbudskriterierne skulle respekteres. Af mødereferatet vedrørende økonomiudvalgets møde den 22. maj 1996 fremgår, at udvalget havde delt sig »på kryds og tværs«, hvilket ikke var normalt. Efter kommunaludvalgets møde den 28. maj 1996 indhentes, dels et juridisk responsum, dels en udtalelse fra Kommunernes Revisionsafdeling. Konklusionen hos begge de rådspurgte var, at en kommunalbestyrelse ikke er forpligtet til at følge en rådgivers indstilling. Det har muligt for kommunalbestyrelsens beslutning den 19. juni 1996 i den samlede, overordnede bedømmelse af VMG haft en vis betydning, at denne virksomhed i 4 år havde løst opgaven for indklagede på fortrinlig måde. På et eller andet tidspunkt i sagsforløbet havde han sagt til politikerne, at en afgørelse, der var begrundet i, at kommunen ville støtte en lokal virksomhed, ville blive betragtet som usaglig.

Klageren har til støtte for de nedlagte påstande bl.a. gjort gældende:

Ved prækvalifikationen havde indklagede endelig gjort op med, hvilket vurderingsgrundlag man ville anvende. Fra prækvalifikationens afslutning, og til tilbud blev antaget, ses indklagede da heller ikke at have opstillet andre eller helt nye kriterier for vurderingen af, hvilket tilbud, der skulle antages. Det fremgår af sagen, at indklagedes rådgiver havde indstillet klagerens tilbud til antagelse, og at indklagede oprindeligt besluttede at antage klagerens tilbud. Denne vurdering må antages at være sket på grundlag af de kriterier, der var kendt af alle tilbudsgiverne og anvendt af indklagede. Imidlertid fremgår det af sagsforløbet, at indklagede på en eller anden måde skulle tilvejebringe grundlag for at tilgodese en bestemt leverandør, hvis tilbud ikke opfyldte de oprindeligt stillede betingelser. Indklagede har tilsidesat tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2 ved at udøve

forskelsbehandling ved tildelingen af en opgave. Klageren vil på ingen måde bestride indklagedes ret til inden for lovgivningens rammer at udøve det frie skøn, hvor sådant forudsættes anvendt i indklagedes forvaltning, men det frie skøn kan ikke som udøvet i denne sag anses for lovligt udøvet.

For så vidt angår påstanden om, at indklagede bør idømmes bøde har klageren gjort gældende, at indklagede har overtrådt sine beføjelser i tjenesteydelsesdirektivets artikel 3 ved at tildele VMG ApS kontrakten, hvorfor indklagede bør straffes med bøde, jf. Bekendtgørelse nr. 415 af 22. Juni 1993 § 6, stk. 1, jf. stk. 2. Hertil kommer, at indklagede på ingen måde har opfyldt sine forpligtelser i forhold til direktivets artikel 12, stk. 3, idet en meddelelse til EF-tidende efter direktivets artikel 16, stk. 1, jf. artikel 17, stk. 2 ikke er tilstrækkelig til opfyldelse af forpligtelserne efter direktivets artikel 12, stk. 3.

Klageren har vedrørende påstanden om godtgørelse for sagsomkostninger henvist til lov om Klagenævnet for Udbud § 13c.

Indklagede har overfor klagerens argumentation nærmere anført, at indklagede inden for tjenesteydelsesdirektivets rammer er berettiget til efter et ikke helt frit skøn, men efter en samlet vurdering, at antage det alt i alt sagligt bedste tilbud. Indklagede skal udøve saglighed i skønnet, men bortset herfra er skønnet frit. Nævnet skal på denne baggrund bedømme det skøn, indklagede har udøvet. Bevisbyrden for, at skønnet var udøvet på usagligt grundlag, eller at der ved skønnets udøvelse er taget uvedkommende hensyn, påhviler klageren, der ikke har løftet denne bevisbyrde. Det er for den offentlige forvaltnings pålidelighed helt afgørende, at myndighederne i tilfælde, hvor afgørelsen baseres på skøn, indrømmes en bred margen. Indklagede var sig dette ansvar bevidst, og de talmæssige bedømmelser - pointsystemet - har ikke været eneafgørende for indklagedes beslutning. Indklagede har ikke »pligt« til at følge den indstilling, en sagkyndig måtte have givet. I modsat fald ville indklagede have afstået at skønne selvstændigt, hvor indklagede havde pligt dertil. Den omstændighed, at indklagede inddrog egne hidtidige erfaringer med VMG i vurderingsgrundlaget, kan ikke føre til, at indklagedes beslutning skal anses for direktivstridig.

For så vidt angår påstanden om, at indklagede søges pålagt bøde, har indklagede bestridt, at Klagenævnet har kompetence hertil.

For så vidt angår klagerens påstand om omkostninger har indklagede i det omfang, der er tale om omkostninger ved sagsførelsen for Klagenævnet, henvist til lov om Klagenævnet for Udbud § 13c, men har i det omfang, klagerens påstand tillige helt eller delvist måtte rumme elementer af erstatning for f.eks. forgæves afholdelse af udgifter til udfærdigelse af tilbud m.v., påstået kravet afvist, idet Klagenævnet ikke har kompetence til at påkende sådanne krav, der skal gøres gældende ved ordinært civilt søgsmål.

Klagenævnet skal udtale:

Samtlige prækvalificerede virksomheder var i forbindelse med udbudet og i forbindelse med udvælgelse og tildeling af opgaven af indklagede gjort bekendt med tildelingskriterierne, der efter det oplyste ville blive »ligevægtigt«. Klagerens tilbud blev efter indstilling fra indklagedes rådgiver godkendt i indklagedes tekniske udvalgs møde den 8. maj 1996 og i indklagedes økonomiudvalgs møde den 22. maj 1996. Imidlertid ændredes disse afgørelser, uden at der for Klagenævnet er påvist saglig grund hertil.

Klagenævnet finder herefter, at der i forbindelse med indklagedes tildeling af opgaven er sket brud på princippet om ligebehandling jf. EU-direktiv 92/50 (tjenesteydelsesdirektivet) artikel 3, stk. 2. Herefter annulleres i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 5 stk. 1, den af indklagede den 25. Juni 1996 truffe beslutning om at overdrage dagrenovationen i Rødding Kommune til VMG ApS, Rødding.

Idet Klagenævnet ikke har kompetence til at påkende spørgsmål om straf og eventuel erstatning, afvises disse spørgsmål fra Klagenævnet. Klagenævnet finder efter sagens udfald ikke anledning til at tage stilling til, om indklagede tillige måtte have overtrådt tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 3.

Med de ved sagens behandling for Klagenævnet forbundne omkostninger forholdes som nedenfor fastsat. Herefter

bestemmes:

Den af indklagede, Rødding Kommune den 25. Juni 1996 truffe beslutning om overdragelse af dagrenovation i Rødding Kommune til VMG ApS, Rødding annulleres.

De af klageren, Esbjerg Andels Renovationsselskab A/S nedlagte påstande om straf og erstatning afvises.

Indklagede, Rødding Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Esbjerg Andels Renovationsselskab A/S, betale 60.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret 4.000 kr. tilbagebetales klageren.