

Klagenævnet for Udbud

(Katja Høegh, Niels Sørensen, Kaj Kjærsgaard)

J.nr.: 2010-0023415

11. april 2011

K E N D E L S E

Forvaltningsservice ApS
(advokat Ole Ravnsbo, Århus)

mod

Københavns Kommune
(advokat Anemette Thorgaard, København)

Ved udbudsbekendtgørelse 2010/S 97-1466841 af 19. maj 2010 udbød Københavns Kommune 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) håndtering af kommunens samlede affaldsbeholdermasse (levering og hjemtagning af beholdere, lagerstyring samt vask, reparation og vedligeholdelse af beholdere m.v.) i perioden 1. maj 2011 – 30. april 2015.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 20. august 2010 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

- Forvaltningsservice ApS (klageren),
- Renoflex-Gruppen A/S,
- Plastic Omnium AB og
- City Renovation A/S

Den 15. november 2010 besluttede indklagede, Københavns Kommune, at indgå kontrakt med Renoflex-Gruppen A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 17. januar 2011. Indklagede har den 25. februar 2011 på Renoflex-Gruppen A/S' begæring frigjort Renoflex-Gruppen A/S fra kontrakten, som vil blive udbudt på ny. Årsagen hertil er, at Renoflex-Gruppen A/S den 8. februar 2011 har fået konkurrencemyndighedernes godkendelse af et frasal

af selskabets erhvervsdivision, som blandt andet håndterer de aktiviteter, som kontrakten vedrører.

Den 13. december 2010 indgav klageren, Forvaltningsservice ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Københavns Kommune. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Renoflex-Gruppen A/S, uagtet tilbuddet ikke opfyldte kravet i udbudsbetingelsernes punkt 10.3 om, at tilbudsgiver skulle vedlægge dokumentation for, at tilbudsgiver inden for de seneste 3 år har referencer for kontrakter, som samlet og fordelt på højst 3 kontrakter, omfatter håndtering og vedligeholdelse af mindst 15.000 affaldsbeholdere pr. år, eller som omfatter håndtering og vedligeholdelse af et tilsvarende antal produkter, der er sammenlignelige med affaldsbeholdere, idet

- a) der i Renoflex-Gruppens A/S tilbud manglede referencer vedrørende perioden forud for 2009, og
- b) den aktivitet, Renoflex-Gruppen A/S har håndteret i 2009, er frasolgt i marts 2010.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra City Renovation A/S,

- a) uagtet tilbuddet ikke opfyldte kravet i udbudsbetingelsernes punkt 10.3 om, at tilbudsgiver skulle vedlægge dokumentation for, at tilbudsgiver indenfor de seneste 3 år har referencer for kontrakter, som samlet og fordelt på højst 3 kontrakter, omfatter håndtering og vedligeholdelse af mindst 15.000 affaldsbeholdere pr. år, eller som omfatter håndtering og vedligeholdelse af et tilsvarende antal produkter, der er sammenlignelige med affaldsbeholdere, idet

- (i) tilbuddet ikke indeholder referencer vedrørende perioden før 2008,
 - (ii) den affaldshåndtering og vedligeholdelse udført for Slagelse Kommune og Hedensted Kommune, som der henvises til i tilbuddet, er udført af underentreprenører.
- b) tilbuddet ikke var vedlagt dokumentation som krævet i udbudsbetingelsernes punkt 10.4 for, at City Renovation A/S, som ikke kunne godtgøre selv at have tilstrækkelig teknisk kapacitet, rådede over ressourcer hos andre, til hvem der henvises i tilbuddet.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 15. november 2010 om at tildele kontrakten til Renoflex-Gruppen A/S.

Påstand 4

Klagenævnet skal pålægge indklagede at betalte erstatning til klageren med 10 mio. kr. med tillæg af procesrente fra den 27. januar 2011.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge og har vedrørende påstand 4 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 3.

I udbudsbetingelserne af 19. maj 2010 anføres:

»...

10.3 Teknisk kapacitet

Referencer

Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver indenfor de seneste 3 år har referencer for kontrakter, som samlet og fordelt på højst 3 kontrakter, omfatter håndtering og vedligeholdelse af mindst 15.000 affaldsbeholdere pr. år eller som omfatter håndtering og vedligeholdelse af et tilsvarende antal produkter, der er sammenlignelige med affaldsbeholdere. Tilsvarende produkter er karakteriseret ved at være fordelt hos et større antal kunder, i daglig brug, og som kræver en løbende levering og hjemtagning og dermed en vist logistik.

...

Dokumentation skal vedlægges i form af en liste med angivelse af følgende for hver enkelt reference

- produkttyper, som håndteres, og vedligeholdes
- årlig mængde eller årlig kontraktsum (alternativt samlet mængde eller samlet kontraktsum),
- aftaleperiode og
- kundens navn og kontaktoplysninger

...

10.4 Henvisning til andres ressourcer og brug af underleverandører

Såfremt tilbudsgiver henviser til andres ressourcer med henblik på at godtgøre tilstrækkelig økonomisk eller teknisk kapacitet, skal han vedlægge sit tilbud den krævede dokumentation/de krævede oplysninger for sådanne andre ressourcer. Endvidere skal tilbudsgiver vedlægge dokumentation for, at han råder over disse andre ressourcer f.eks. i form af en erklæring fra vedkommende om, at han vil stille ressourcerne til rådighed for tilbudsgiver i relation til aftalen, jf. Udbudsdirektivets Artikel 47.2 og 48.3.

Tilbudsgivere skal oplyse til hvor stor en del af den udbudte beholderhåndtering – og til hvilke konkrete opgaver – de agter at bruge underleverandører og i givet fald hvem

...

11. TILDELINGSKRITERIET

Tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Evalueringen vil ske på baggrund af følgende delkriterier:

- Pris: Vægter med 50 %
- Miljø: Vægter med 20 %
- Kvalitet: : Vægter med 20%
- Arbejdsmiljø: : Vægter med 10%

...

14.1 Overtagelse af medarbejdere

Den vindende tilbudsgiver skal overtage de medarbejdere, der på tidspunktet for opgavernes overtagelse den 1. maj 2011, forestår de pågældende opgaver.

...

14.2 Overtagelse af køretøjer

Bilag 7A indeholder en liste over køretøjer, som den vindende tilbudsgiver kan vælge at overtage fra den nuværende operatør.

...«

I referencelisten i tilbuddet fra Renoflex-Gruppen A/S henvises til:

- en opgave for Kalundborg Kommune vedrørende håndtering og vedligehold af affaldsbeholdere med en aftaleperiode fra 1. juli 2009 til 30. juni 2013 + 2 års option omfattende 30.000 stk./år,
- opgaver for eksterne erhvervskunder vedrørende håndtering og vedligehold af affaldsbeholdere med variabel aftaleperiode i alt 12.000 stk./år og
- en intern opgave for makuleringen vedrørende håndtering og vedligehold af affaldsbeholdere siden opstart af makuleringen i alt 12.000 stk./år.

Af en udskrift fra Reno-Gruppen A/S fremgår, at den division, som beskæftiger sig med indsamling af husholdningsaffald i kommuner pr. 18. marts 2010 er solgt til RenoNorden:

»som i dag servicerer en lang række kommuner på Sjælland og Sydhavsøerne. ...De forskellige ordninger styres centralt fra RenoNordens afdeling i Herfølge«

Det fremgår tilsvarende af en udskrift fra det norske selskab RenoNorden AS hjemmeside, at selskabet pr. 18. marts 2010 har købt »husholdningsdivisionen« i Reno-Norden A/S.

Med tilbuddet fra City Renovation A/S fulgte en erklæring af 10. juni 2010 fra HSCS A/S Transport & Spedition, hvori anføres

»Undertegnede erklærer hermed, at City Renovation A/S i hele kontraktperioden har mulighed for, dels at benytte HSCS A/S Transport & Spedition som underentreprenør til 0-100% af alle opgaverne og/eller dels at trække på HSCS A/S Transport & Speditions ressourcer til udførelse af ml. 0-100% af de udbudte opgaver, herunder i forbindelse med følgende forhold:

- | | |
|-------------------------------|-----------------------------------|
| • Mandskab, herunder reserver | • Værksted |
| • materiel, herunder reserver | • Vaskehal |
| • Økonomi | • Oplagringsplads |
| • Administration | • Knowhow/ekspertise |
| • Erfaring/referencer | • Håndtering af affaldsbeholdere« |

I tilbuddet angives det, at City Renovation A/S selv forventede at forestå udførelsen af opgaverne i entreprisen, men at der var indgået aftale med HSCS A/S Transport og Spedition om, at dette selskab som underleverandør kunne forestå 0-100 % af alle opgaverne i entreprisen samt mellem 0-100% med hensyn til reservebiler og mandskab, ledelsesressourcer, værksted, vaskehal, containere, opmagasinering af containere m.v.. City Renovation A/S oplyste at forvente at bruge HSCS A/S Transport og Spedition som underleverandør ved eventuelt behov for reservebiler og –mandskab samt backup med hensyn til øvrige ressourcer (herunder administrative), idet »Vi forventer ikke at anvende HCS til udførelse af bestemte opgaver. HCS skal i denne entreprise blot sikre City Renovation den nødvendige ressource-mæssige back-up og reservekapacitet«. Opgaver varetaget af underentreprenører angives i tilbuddet at udgøre ca. 0-1 % af den samlede tilbudssum.

Tilbuddet var som dokumentation for HSCS A/S Transport og Speditions tekniske kapacitet vedlagt en referenceliste vedrørende opgaver udført af selskabet, hvori anføres:

- en opgave for Slagelse Kommune vedrørende servicering af affaldsbeholdere (og indkøb, levering, samling, klargøring og udbringning af disse) med en aftaleperiode i 2008-2013 omfattende ca. 54.000 stk./år,
- en opgave for Hedensted Kommune vedrørende servicering af affaldsbeholdere (og indkøb, levering, samling, klargøring og udbringning af ca. 13.000 af beholderne samt isætning af chip/tag på de nye beholdere og indscanning heraf) med en aftaleperiode i 2008-2012 omfattende ca. 19.000 stk./år,
- en opgave for Dragør og Tårnby Kommuner vedrørende servicering af 2,5 m³ glascontainere som led i udleje af disse til kommunerne med en aftaleperiode i 2004-2008 omfattende ca. 67 stk./år.

Klageren har fremlagt en kontrakt af 3. juli 2007 mellem klagerens ejers andet firma, Bharat Exim ApS, om uddeling m.v. af de beholdere, som opgaven for Hedensted Kommune vedrører i perioden 1. september – 21. oktober 2007. Klageren har desuden fremlagt tre fakturaer af 20. november (1) og 31. december 2007 fra Bharat Exim ApS til HSCS A/S Transport og Spedition, som angives at vedrøre »Hedensted projektet« (aftalen samt levering/hjemtagelse af spande/beholdere). Der er endvidere fremlagt 5 fakturaer.

raer fra perioden 31. marts 2008 – 31. juli 2008, fra Bharat Exim ApS til HSCS A/S Transport og Spedition, som angives at vedrøre »Leveringer Hedensted«/»Hjemtagelser Hedensted kommune«. Klageren har anført, at opgaven i perioden 1. januar 2008 – juni 2010 er udført af Bharat Exim ApS som underentreprenør for HSCS A/S Transport og Spedition. Der er ikke fremlagt dokumentation herfor udover det netop nævnte.

Det fremgår af indklagedes rådgiver, Grontmij/Carl Bros evalueringsnotat af 14. oktober 2010, at tilbuddet fra Plast Omnium AB blev fundet ukonditionsmæssigt, medens de øvrige tre tilbud blev anset for konditionsmæssige. Konklusionen på evalueringen var, at Renoflex-Gruppen A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Parternes anbringender

Ad påstand 1 a

Klageren har gjort gældende, at udbudsbetingelsernes punkt 10.3 skal forstås sådan, at tilbudsgiverne skulle dokumentere, at den pågældende virksomhed inden for hvert af de sidste 3 år inden tilbudsafgivelsen den 20. august 2010 havde håndteret mindst 15.000 affaldsbeholdere pr. år fordelt på maksimalt 3 kontrakter. Da Renoflex-Gruppen A/S ikke havde oplyst om referencer forud for 2009, var tilbuddet ikke konditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at det følger af udbudsbetingelsernes punkt 10.3, at det alene kræves, at tilbudsgiverne dokumenterer inden for et hvilket som helst af de forudgående 3 år inden tilbudsafgivelsen den 20. august 2010 at have indgået op til 3 kontrakter, som indebærer håndtering og vedligeholdelse af i alt mindst 15.000 affaldsbeholder inden for en periode på et år. Tilbuddet fra Renoflex-Gruppen A/S opfyldte dette krav og var dermed konditionsmæssigt.

Ad påstand 1 b

Klageren har gjort gældende, at aktiviteten med håndtering af 30.000 beholdere pr. år i referencelisten i tilbuddet fra Renoflex-Gruppen A/S er blevet afhændet til RenoNorden AS med virkning fra den 18. marts 2010 i forbindelse med salget af divisionen for husholdningsaffald. Da Renoflex-Gruppen A/S ikke har fremlagt dokumentation for efter salget at have den

fornødne tekniske kapacitet til at forestå opgaven, var tilbuddet også af denne grund ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende at have været berettiget til at lægge tilbuddets indhold til grund. Efter dette var der ikke grund til at betvivle, at Renoflex-Gruppen A/S havde den fornødne tekniske kapacitet. Det, som blev frasalgt, var i øvrigt, jf. udskriften fra Renoflex-Gruppen A/S' hjemmeside, indsamling af affald. Den udbudte opgave vedrører håndtering af affaldsbeholdere, ikke indsamling af affald. Der var efter de oplysninger, indklagede havde, ikke grund til at tro, at salget omfattede kontrakten med Kalundborg Kommune. Hertil kommer, at Renoflex-Gruppen A/S' salg af divisionen for husholdningsaffald hverken omfattede selskabets lagerfaciliteter, beholderværksted eller vaskefaciliteter, der er placeret i selskabets erhvervsdivision. Renoflex-Gruppen A/S overtog endvidere det mandskab, som hidtil havde udført opgaven og havde også valgt at overtage hovedparten af de køretøjer, som blev anvendt af den hidtidige leverandør, jf. udbudsbetingelsernes punkt 14.1 og 14.2. Selskabet ville således, uanset frasalget til RenoNorden AS, have den fornødne kapacitet til at løse opgaven.

Ad påstand 2 a (i)

Klageren har henvist til det ad påstand 1 a anførte om den efter klagerens opfattelse rette forståelse af udbudsbetingelsernes punkt 10.3. Da City Renovation A/S ikke havde oplyst om referencer forud for 2008, var tilbuddet ikke konditionsmæssigt.

Indklagede har henvist til det ad påstand 1 a anførte om forståelsen af udbudsbetingelsernes punkt 10.3. Tilbuddet fra City Renovation A/S opfyldte kravet i punkt 10.3 og var dermed konditionsmæssigt.

Ad påstand 2 a (ii)

Klageren har gjort gældende, at en del af den opgave for Slagelse Kommune, som fremgår af referencelisten fra HSCS A/S Transport og Spedition, er udført af underentreprenører. På samme måde er opgaven for Hedensted Kommune i 2008 – juni 2010 udført af Bharat Exim ApS som underentreprenør for HSCS A/S Transport og Spedition. City Renovation A/S, og dennes underentreprenør, HSCS A/S Transport og Spedition, kunne dermed ikke henvise til disse opgaver som dokumentation for teknisk kapacitet.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede var berettiget til at lægge tilbuddets indhold til grund. Efter dette var der ikke grund til at betvivle, at City Renovation A/S' underentreprenør, HSCS A/S Transport og Spedition, havde den fornødne tekniske kapacitet. Indklagede havde herved ingen oplysninger om, at to af de opgaver, som anføres i referencelisten fra HSCS A/S Transport og Spedition, var udført af underentreprenører. Klagerens dokumentation vedrørende Bharat Exim ApS' udførelse af opgaverne for Hedensted Kommune som underleverandør vedrører desuden kun 2008. Udbudsbetingelsernes punkt 10.3 og 10.4 er i øvrigt heller ikke til hinder for, at der kan anføres opgaver udført af underentreprenører som dokumentation for den krævede tekniske kapacitet.

Ad påstand 2 b

Klageren har gjort gældende, at City Renovation A/S i sit tilbud havde oplyst kun at ville anvende underentreprenør til 0-1% af opgaven. City Renovation A/S' tilbud indeholdt ikke dokumentation for, at selskabet selv havde teknisk kapacitet til at udføre de 99-100 % af opgaven, som selskabet dermed selv agtede at udføre. Tilbuddet skulle derfor have været afvist som følge af manglende opfyldelse af mindstekravet i udbudsbetingelsernes punkt 10.3. Klageren har endvidere gjort gældende, at tilbuddet fra City Renovation A/S ikke dokumenterede, at denne tilbudsgiver rådede over kapaciteten hos de underleverandører, som den oplyste underleverandør, HSCS A/S Transport og Spedition, havde anvendt ved udførelsen af opgaverne for Slagelse Kommune og Hedensted Kommune. Kravet i udbudsbetingelsernes punkt 10.4 om at vedlægge dokumentation for, at tilbudsgiveren råder over ressourcer hos den/de påtænkte underleverandører var dermed ikke opfyldt.

Indklagede har gjort gældende, at City Renovation A/S var berettiget til at støtte sig på HSCS A/S Transport og Spedition's tekniske formåen som dokumentation for at have den krævede tekniske kapacitet, uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem City Renovation A/S og underentreprenøren, jf. udbudsdirektivets artikel 48, stk. 3. Dette gælder, uanset City Renovation A/S kun forventede at anvende HSCS A/S Transport og Spedition's ressourcer som en reservekapacitet. Med hensyn til klagerens anbringende vedrørende manglende dokumentation for, at City Renovation A/S kunne råde over ressourcerne hos de underentreprenører, HSCS A/S Trans-

port og Spedition ifølge klageren har benyttet til opgaverne for Slagelse og Hedensted kommuner, har indklagede henvist til det anførte ad påstand 2 a (ii).

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelser er af en sådan grovhed, at der skal ske annullation af tildelingsbeslutningen.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke foreligger overtrædelser og derfor ikke er grundlag for annullation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 a

Som anført af indklagede må udbudsbetingelsernes punkt 10.3 forstås sådan, at tilbudsgiverne alene skulle dokumentere, at de inden for et af de forudgående 3 år inden tilbudsafgivelsen den 20. august 2010 havde indgået op til 3 kontrakter, som indebærer håndtering og vedligeholdelse af i alt mindst 15.000 affaldsbeholder inden for en periode på et år. Tilbuddet fra Renoflex-Gruppen A/S opfyldte dette krav.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 1 b

Efter oplysningerne i Renoflex-Gruppen A/S' tilbud opfyldte selskabet indklagedes minimumskrav vedrørende dokumentation for teknisk kapacitet. Efter de foreliggende oplysninger havde indklagede ikke på tidspunktet for kontrakttildelingen på andet grundlag fået en sådan anledning til at antage, at Renoflex-Gruppen A/S, uagtet oplysningerne i tilbuddet, alligevel ikke havde den fornødne kapacitet, at tilbuddet skulle have været afvist.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2 a (i)

Af de ad påstand 1 a anførte grunde vedrørende forståelsen af udbudsbetingelsernes punkt 10.3, og da City Renovation A/S' tilbud opfyldte kravet om

dokumentation for inden for et hvilken som helst af de forudgående 3 år inden tilbudsafgivelsen den 20. august 2010 at have indgået op til 3 kontrakter, som indebærer håndtering og vedligeholdelse af i alt mindst 15.000 affaldsbeholder inden for en periode på et år, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 2 a (ii)

Efter indholdet af tilbuddet fra City Renovation A/S var der ikke grund til at betvivle, at City Renovation A/S' underentreprenør, HSCS A/S Transport og Spedition, - og dermed City Renovation A/S - havde den fornødne tekniske kapacitet.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2 b

City Renovation A/S havde som tilladt efter udbudsbetingelserne og i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 48, stk. 3, i sit tilbud henvist til den tekniske kapacitet hos den underentreprenør, HSCS A/S Transport og Spedition, hvis ressourcer City Renovation A/S ifølge den erklæring, der var vedlagt tilbuddet, havde indgået aftale om at kunne benytte. Efter indholdet af HSCS A/S Transport og Speditions referenceliste opfyldte HSCS A/S Transport og Spedition som angivet ad påstand 2 a (ii) minimumskravet vedrørende teknisk kapacitet. Det stilles ikke efter udbudsbetingelsernes punkt 10.3 og 10.4 krav om, at den underentreprenør, til hvis ressourcer der henvises, skal udføre hele eller en bestemt andel af opgaven og herunder anvendes som andet eller mere end en ressourcemæssig back-up funktion.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Da klagenævnet ikke har taget nogen af klagerens påstande om overtrædelser til følge, er der ikke grundlag for annullation.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig