

K E N D E L S E

J. Olsen A/S Entreprenør- & nedrivningsfirmaet og
Jens Olsen
(advokat Anders Hein, København)

mod

Ramsø Kommune
(advokat Britta Moll Bown. København)

I 2002 indhentede indklagede, Ramsø Kommune, tilbud i form af underhåndsbud på etablering og drift af en genbrugsstation fra følgende virksomheder:

1. J. Olsen A/S Entreprenør- & nedrivningsfirmaet
2. Kai Nielsen & Søn I/S.

I december 2002 besluttede indklagede at indlede kontraktsforhandlinger med 2. Kai Nielsen & Søn I/S (Kai Nielsen). Kontrakt er imidlertid ikke indgået.

Den 10. maj 2005 indgav J. Olsen A/S Entreprenør- & nedrivningsfirmaet og Jens Olsen klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Ramsø Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 2. december 2005.

Jens Olsen driver J. Olsen A/S Entreprenør- & nedrivningsfirmaet. Virksomheden blev drevet af Jens Olsen personligt under den første kontakt med indklagede om en genbrugsstation, men virksomheden overgik til aktieselskabet ved dets stiftelse i ca. 2001. Det var derefter aktieselskabet, der havde kontakten med indklagede om en genbrugsstation, og de tilbud i 2002, som klagen angår, blev afgivet af aktieselskabet. På denne baggrund betragter Klagenævnet aktieselskabet som klageren i sagen, således at der med betegnelsen klageren alene sigtes til aktieselskabet.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med § 13, stk. 3, ved i Tilbudsbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002) ved at have indhentet tilbud på opførelse af en modtagestation i form af underhåndsbud, selvom arbejdets anslåede værdi oversteg 2 mio. kr.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med § 6, stk.1, i Tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001) ved at tillægge Kai Nielsen & Søn I/S, men ikke klageren, vederlag for udarbejdelsen af tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og § 8, stk. 2, samt gennemsigtighedsprincippet ved at have udformet tildelingskriteriet uklart og derved at have foranlediget risiko for forskelsbehandling af tilbudsgivere.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 8, stk. 1, ved ikke at have indgået kontrakt med klageren, selvom klagerens tilbud var laveste bud.

Påstand 5

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 687.200 kr. med procesrente fra 10. maj 2005.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 195.004,50 kr. med procesrente fra 10. maj 2005.

Indklagede har erkendt at have overtrådt de bestemmelser, der nævnes i påstand 1 og 3 som angivet i disse påstande, bortset fra, at indklagede ikke har erkendt at have overtrådt Tilbudslovens § 6, stk. 1. Indklagede har vedrørende påstand 2 og 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 5 og 6 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 5 og 6, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 4.

Som led i overvejelser om etablering af en genbrugsstation rettede indklagede i 2001 henvendelse til Jens Olsen, fordi Jens Olsen ejede en grund, som efter indklagedes vurdering var velegnet til en genbrugsstation. I august 2001 afgav Jens Olsen herefter et tilbud vedrørende opførelse af en genbrugsstation på grunden. Grunden er efter det foreliggende overgået til klageren, J. Olsen A/S Entreprenør- & nedrivningsfirmaet.

Efter forskellige overvejelser og beregninger rettede indklagede i foråret 2002 henvendelse til Kai Nielsen, der udførte renovationsarbejdet for indklagede, om etablering af en genbrugsstation på en grund, der tilhører Kai Nielsen.

Den 17. juni 2002 blev der holdt et møde mellem indklagede og Kai Nielsen herom, og den 27. juni 2002 besluttede indklagedes miljøudvalg at anmode Kai Nielsen om udarbejde et projekt omfattende en genbrugsstation på Kai Nielsens grund og forskellige foranstaltninger på en nabogrund, der tilhører indklagede. Miljøudvalget besluttede samtidig at give Kai Nielsen tilsagn om at betale indtil 25.000 kr. for projekteringen som indklagedes andel af udgifterne ved denne.

Kai Nielsen afgav herefter den 26. juli 2002 et tilbud vedrørende etablering af en genbrugsstation på sin grund. Tilbudet omfattede ikke de omtalte foranstaltninger på indklagedes nabogrund, men indklagede betalte desuagtet Kai Nielsen 21.000 kr. + moms for projekteringen.

Desuden afgav klageren et tilbud af 15. august 2002 vedrørende etablering af en genbrugsstation på klagerens grund, salg eller leje af denne grund og drift af genbrugsstationen. Dette tilbud blev ikke afgivet efter en egentlig opfordring fra indklagede.

Indklagede indkaldte herefter Kai Nielsen og klageren til særskilte møder dels om de afgivne tilbud, dels om leje af en genbrugsstation. Disse møder fandt sted den 12. september 2002.

Klageren afgav derefter et tilbud af 19. september 2002, lydende på en månedlig leje på 35.600 kr. ekskl. moms, mens Kai Nielsen afgav et tilbud af samme dag, lydende på en månedlig leje på 72.800 kr.

Den 5. december 2002 vedtog indklagede at optage kontraktsforhandlinger med Kai Nielsen, og den 11. december 2002 meddelte indklagede klageren, at arbejdet var overdraget til anden side.

Efter at klageren havde beklaget sig til indklagede herover, udfærdigede indklagedes tekniske forvaltning et notat af 20. marts 2003 om begrundelsen for, at indklagede havde valgt at optage kontraktsforhandlinger med Kai Nielsen. I dette notat er angivet, at indklagedes beslutning var gået ud på at optage kontraktsforhandlinger med Kai Nielsen om leje af en genbrugsstation. Det angives videre i notatet, at de to tilbud om leje af en genbrugsstation ikke var direkte sammenlignelige, og der henvises i notatet navnlig herved til, at klageren ønskede højere betaling end Kai Nielsen for kørsel med fyldte containere fra genbrugsstationen. Der henvises også til, at indklagede havde gode erfaringer med Kai Nielsen og til, at klageren ikke var blevet bedt om at afgive tilbud.

Jens Olsen har forklaret om en række forhold og har herunder bl.a. forklaret: Han repræsenterede klageren ved klagerens møde med indklagede den 12. september 2002. Da han kom til stede, kunne han høre udvalgsformanden sige til Kai Nielsen, at udvalgsformanden ville gøre alt for at fortsætte samarbejdet med Kai Nielsen. Udgiften til containerkørsel fra genbrugsstationen var ikke inde i billedet på dette tidspunkt. Under mødet blev fra indklagede oplyst, at man indhentede tilbud fra klageren og Kai Nielsen, og at Jens Olsen jo vidste, hvad det drejede sig om. Jens Olsen spurgte, hvad tildelingskriteriet var, hvilket blev besvaret med, at tildelingskriteriet var laveste pris. Det blev også fra indklagede sagt, at indklagede ønskede tilbud både på køb og leje. Der var ingen som helst grund til at tro, at der ville være problemer med at få miljøgodkendelse af klagerens plads.

Indklagedes tekniske direktør Jesper Moesgaard har bl.a. forklaret: Indklagedes henvendelse til Kai Nielsen i foråret 2002 skete efter drøftelser på en konference for indklagedes miljøudvalg. Indklagede rettede ikke i forbindelse hermed henvendelse til klageren, men klageren kom alligevel ind i billedet, fordi Jens Olsen traf borgmesteren og sagde, at klageren gerne ville

byde. Både klageren og Kai Nielsen blev indbudt til møder og fik samme orientering om, hvad indklagede ønskede. Miljøgodkendelse var et krav. Jesper Moesgaard har ikke sagt, at prisen var eneafgørende. Indklagedes tilsagn om betaling til Kai Nielsen for projektering skyldtes, at projekteringen også skulle angå indklagedes nabogrund. Indklagede overså, at Kai Nielsen projekt ikke omfattede indklagedes nabogrund, og indklagede har derfor betalt 21.000 kr. + moms til Kai Nielsen for projektering. På baggrund af et responsum fra indklagedes advokat har indklagede opgivet at gennemføre Kai Nielsens projekt, og der etableres i stedet en genbrugsstation gennem et fælleskommunalt selskab.

Alice Wilquin, der er biolog i indklagedes miljøafdeling, har bl.a. forklaret: Hun deltog i mødet med Jens Olsen den 12. september 2002, og indklagede gav på dette møde de samme oplysninger om sine ønsker som på det tilsvarende møde med Kai Nielsen samme dag. Indklagede oplyste, at prisen var den væsentligste faktor, men at miljøgodkendelsen var altafgørende. Det store problem med klagerens tilbud var, at der ikke stod, at klagerens plads var miljøgodkendt, hvorimod det af Kai Nielsens tilbud fremgik, at Kai Nielsen inde stod for miljøgodkendelse. Det er et godt spørgsmål, hvorfor disse forhold ikke er nævnt i det efterfølgende notat af 20. marts 2003 om begrundelsen for valget af Kai Nielsen.

Parterne har skriftligt og mundtligt redegjort for deres synspunkter.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

§ 1 i den dagældende Tilbudslov nr. 450 af 7. juni 2001 må forstås sådan, at de offentlige bygge- og anlægsopgaver, som loven omfattede, svarer til de bygge- og anlægsarbejder, der var omfattet af Bygge- og anlægsdirektivet 93/37. Af artikel 1, a) i Bygge- og anlægsdirektivet fremgår, at direktivet omfattede en offentlig ordregivers udførelse af et bygge- og anlægsarbejde ved et hvilket som helst middel, og Tilbudsloven af 2001 må forstås tilsvarende.

Det bemærkes, at den nugældende Tilbudslov nr. 338 af 18. maj 2005 må forstås på samme måde, jf. § 1 i denne lov og artikel 1, stk. 1, b) i det nugældende udbudsdirektiv 2004/18.

Indklagede ønskede en genbrugsstation opført. Det var under forløbet uafklaret, om indklagede ønskede at erhverve en genbrugsstation eller blot leje en sådan, og forløbet må ses som en helhed. I hvert fald som følge af disse omstændigheder må indklagede anses for at have ønsket udført en genbrugsstation ved et hvilket som helst middel, hvorfor indklagede skulle gå frem efter Tilbudsloven. Da den anslåede værdi af en genbrugsstation endvidere ubestridt oversteg 2 mio. kr., havde indklagede pligt til at afholde licitation i henhold til Tilbudsloven, jf. § 13, stk. 3, i Tilbudsbekendtgørelsen.

Påstanden tages herefter til følge.

Ad påstand 2

Indklagede betalte et beløb til Kai Nielsen for dennes tilbud af 26. juli 2002 vedrørende en genbrugsstation på Kai Nielsens grund, men betalte ikke et beløb til klageren for dennes tilbud af 15. august 2002 vedrørende en genbrugsstation på klagerens grund.

Herefter, og da der ikke er fremkommet noget, der kan føre til andet resultat, tages påstanden til følge.

Ad påstand 3

Indklagedes møder med klageren og Kai Nielsen den 12. september 2002 gik bl.a. ud på at indhente tilbud om leje af en genbrugsstation. Indklagede afgav ikke i forbindelse hermed en skriftlig oplysning om tildelingskriteriet eller licitationsbetingelserne i øvrigt. Dette førte til uklarhed med hensyn til, hvad tildelingskriteriet og de øvrige licitationsbetingelser gik ud på.

Denne uklarhed angår bl.a. betydningen af spørgsmålet om miljøgodkendelse. Indklagede har som medvirkende begrundelse for valget af Kai Nielsens tilbud vedrørende leje af en genbrugsstation påberåbt sig, at klageren i sit tilbud vedrørende leje af en genbrugsstation ikke indestod for miljøgod-

kendelse af klagerens plads. Forholdet er imidlertid ikke omtalt i indklagedes efterfølgende notat af 20. marts 2003 om begrundelsen for valget af Kai Nielsens tilbud, hvilket tyder på, at forholdet reelt ikke spillede nogen rolle ved valget af tilbudsgiver. Desuden må der i givet fald have været tale om en grundlæggende licitationsbetingelse, således at klagerens tilbud skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, hvis det ikke opfyldte betingelsen. En sådan afvisning skete imidlertid ikke, hvilket ligeledes tyder på, at forholdet ikke spillede nogen reel rolle for indklagede. Disse uklarheder har direkte sammenhæng med, at tildelingskriteriet og de øvrige licitationsbetingelser ikke var skriftlige.

Ved ikke at give klare oplysninger om, hvad tildelingskriteriet gik ud på, overtrådte indklagede de bestemmelser, der er nævnt i påstanden, hvorfor påstanden tages til følge.

I sammenhængen finder Klagenevnet anledning til at nævne spørgsmålet om udgiften ved kørsel med fyldte containere fra genbrugsstationen. Ifølge indklagedes notat af 20. marts 2003 var tilbudsgivernes oplyste udgifter på dette punkt en væsentlig faktor ved indklagedes beslutning om at indlede kontraktsforhandlinger med Kai Nielsen vedrørende leje af en genbrugsstation. Den pågældende udgift var imidlertid ikke omtalt i nogen af de tilbud, som notatet angik, dvs. de to tilbudsgiveres tilbud af 19. september 2002 vedrørende leje af en genbrugsstation, og dette må have skyldtes, at indklagede ikke på møderne den 12. september 2002 havde bedt tilbudsgiverne om oplysning om den omtalte udgift. Ved tildelingsbeslutningen lagde indklagede således efter sin angivelse betydelig vægt på et forhold uden ved tilbudsindhentningen at have oplyst, at indklagede ville gøre dette. Noget sådant er generelt i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og med Tilbudslovens regel om tildelingskriterier, dvs. § 8 i Tilbudsloven af 2001 (ligeledes § 8 i Tilbudsloven af 2005). Klagenevnet har ikke fundet anledning til at indhente parternes synspunkter om dette spørgsmål, hvorfor Klagenevnet ikke tager stilling til spørgsmålet.

Ad påstand 4

Denne påstand sigter til, at når tildelingskriteriet ikke er angivet som det økonomisk mest fordelagtige bud med angivelse af underkriterier, er tildelingskriteriet laveste pris.

De overtrædelser, som Klagenævnet har konstateret vedrørende påstand 1-3, var af en sådan karakter, at der ikke forelå et forsvarligt grundlag for at indgå en kontrakt ud fra noget tildelingskriterium i det hele taget. Indklagede var som følge af overtrædelserne forpligtet til ikke at indgå kontrakt med nogen af tilbudsgiverne, hvilket heller ikke skete.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

I medfør af § 7 i Lov om Klagenævnet for Udbud pålægges det indklagede at betale sagsomkostninger til klageren. Om omkostningsbeløbets størrelse bemærkes: Ifølge oplysning fra klagerens advokat anslås advokatens salær til ca. 110.000 kr. incl. moms. Da klageren ikke får medhold i påstand 4, fastsættes omkostningsbeløbet skønsmæssigt til 50.000 kr.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med § 13, stk. 3, ved i Tilbudsbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002) ved at have indhentet tilbud på opførelse af en modtagestation i form af underhåndsbud, selvom arbejdets anslåede værdi oversteg 2 mio. kr.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med § 6, stk. 1, i Tilbudsloven (lov nr. 459 af 7. juni 2001) ved at tillægge Kai Nielsen, men ikke klageren, vederlag for udarbejdelsen af tilbud.

Ad påstand 3

indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens § 6, stk. 1, og § 8, stk. 2, samt gennemsigtighedsprincippet ved at have udformet tildelingskriteriet uklart og derved at have foranlediget risiko for forskelsbehandling af tilbudsgivere.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 4.

Indklagede, Ramsø Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren J. Olsen A/S Entreprenør- & nedrivningsfirmaet betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig