

Klagenævnet for Udbud

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

J.nr.: 97-181.168

25. februar 1998

K E N D E L S E

Konkurrencestyrelsen

(selv)

mod

Tårnby Kommune

(Advokat Niels Wive Kjærgaard, København)

Den 14. april 1997 udbød indklagede, Tårnby Kommune, som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (Tjenesteydelsesdirektivet) en tjenesteydelse vedrørende indsamling af dagrenovation m.v. i Tårnby Kommune i perioden 1. januar 1998 – 31. december 2002.

Den 2. oktober 1997 indgav klageren, Konkurrencestyrelsen, klage over indklagede, Tårnby Kommune, til Klagenævnet for Udbud. I klageskriftet nedlagde klageren følgende påstande:

1. Klagenævnet skal pålægge Tårnby Kommune at afbryde udbudsproceduren vedrørende indsamling af dagrenovation, papir, glas, haveaffald og storskrald, mens sagen verserer, jf. § 5, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud.

2. Klagenævnet skal fastslå, at Tårnby Kommune har overtrådt artikel 3, stk. 2, i Rådets direktiv 92/50 EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler ved i forbindelse med udformningen af udbudsbetingelserne at have modtaget bistand fra Grundejersammenslutningens Renholdningsselskab i Tårnby Kommune (GR) i en sådan grad, at der herved er sket en forrykkelse af GR's konkurrencemæssige stilling i forhold til de øvrige bydende.
3. Klagenævnet skal som følge af det under påstand 2 anførte pålægge Tårnby Kommune at lovliggøre udbudsforretningen ved at se bort fra tilbuddet fra GR ved beslutningen om, hvem kontrakten skal tildeles, jf. § 5, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud.

I et svarskrift af 7. oktober 1997 nedlagde indklagede følgende påstande:

1. Frifindelse, således at klagen ikke har opsættende virkning
2. Frifindelse
3. Frifindelse, således at indklagede er berettiget til at tildele den udbudte opgave til den af de 4 bydende, som har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Den 25. november 1997 besluttede Tårnby Kommunes kommunalbestyrelse, at kommunen ville indgå kontrakt om den udbudte tjenesteydelse med HCS A/S Renovation, der efter at være blevet prækvalificeret havde afgivet tilbud på tjenesteydelsen.

Ved skrivelse af 28. november 1997 tilbagekaldte Konkurrencestyrelsen klagen. Skrivelsen har følgende indhold:

»Med skrivelse af 26. november 1997 har Niels W. Kjærgaard som advokat for Tårnby Kommune oplyst, at Tårnby Kommunes kommunalbestyrelse har besluttet at tildele HCS A/S Renovation kontrakten på indsamling af dagrenovation, papir, glas, haveaffald og storskrald i kommunen i perioden fra 1. januar 1997 til 31. december 2002.

Uanset om tilbuddet fra Grundejersammenslutningens Renholdningsselskab (GR) er indgået i kommunens overvejelser i forbindelse med kontraktens tildeling, er resultatet af kommunens overvejelse at sidestille med, at kommunen havde set bort fra dette tilbud.

GR's mulige konkurrencemæssige fordel har således ikke haft afgørende indflydelse på udfaldet af udbudsforretningen.

På den baggrund skal Konkurrencestyrelsen meddele, at man ikke har tilstrækkelig grund til at videreføre den verserende sag, som hermed frafalder.«

Ved skrivelse af 1. december 1997 anmodede indklagede Klagenævnet om at færdigbehandle sagen, uanset at klageren havde tilbagekaldt klagen. Skrivelsen har følgende indhold:

»Som advokat for indklagede, Tårnby Kommune, skal jeg med henvisning til klagerens, Konkurrencestyrelsens skrivelse af 28. f.m. til Klagenævnet for Udbud anmode om, at klagenævnet fremmer sagen til pådømmelse i realiteten.

Konkurrencestyrelsen anfører i sin skrivelse af 28. f.m. til klagenævnet, at den verserende sag frafalder på baggrund af:

»Uanset om tilbuddet fra Grundejersammenslutningens Renholdningsselskab (GR) er indgået i kommunens overvejelser i forbindelse med kontraktens tildeling, er resultatet af kommunens overvejelser at sidestille med, at kommunen havde set bort fra dette tilbud.

GR's mulige konkurrencemæssige fordel har således ikke haft afgørende indflydelse på udfaldet af udbudsforretningen.«

Indklagede bemærker hertil, at det er af helt afgørende betydning, at GR's tilbud netop kunne vurderes – og blev vurderet – på samme måde og efter samme tildelingskriterie, som tilbuddene fra de øvrige tre bydende. Det er derfor også en uacceptabel tilsnigelse, når klageren med formuleringen: »Uanset om...« antyder en usikkerhed om, hvorvidt tilbuddet fra GR er indgået i kommunens overvejelser.

Det er også uacceptabelt for indklagede, at klageren med formuleringen »GR's mulige konkurrencefordel« (fortsat) antyder, at indklagede har medvirket til, at GR havde opnået en konkurrencemæssig fordel, som er i strid med art. 3, stk. 2 i Tjenesteydelsesdirektivet.

På baggrund af Konkurrencestyrelsens påstande og anbringender og forløbet forud for sagen, har indklagede både konkret og generelt en interesse i, at sagen materielt bliver prøvet.

Jeg kan til støtte herfor blandt andet anføre:

- At klageren har beskyldt indklagede, herunder indklagedes kommunaldirektør, for i forbindelse med udbudsforretningen at have varetaget usaglige hensyn,
- at klageren, generelt gør gældende, at det påhviler en ordregiver at sandsynliggøre, at en leverandørs hidtidige udførelse af den udbudte opgave og leverandørens meddelelser af faktiske oplysninger herom ikke har forrykket leverandørens konkurrencemæssige stilling i forhold til de bydende,
- at klageren, jf. også klagerens notits til Erhvervsministeriet af 2. oktober 1997, fremlagt som sagens bilag R (hidtil) har været af den opfattelse, at sagen angår et principielt spørgsmål om fortolkningen af tjenesteydelsesdirektivets ligebehandlingsprincip,
- at den presseopmærksomhed, jf. ligeledes sagens bilag R, som tilsyneladende bidrog til klagerens beslutning om at indbringe sagen for klagenævnet netop tilsiger, at sagen prøves, jf. straks nedenfor,
- at det for indklagede er uacceptabelt, når klageren og interesseorganisationer som Arbejdsgiverforeningen Handel, Transport og Service (AHTS) og Danske Vognmænd (DV) tilstræber at skabe et indtryk af, at sagen er afsluttet med, at indklagede »har bøjet sig«.

Til illustration af den pressedækning, som sagen har været genstand for vedlægges kopi af dagbladet Børsens artikel i avisen den 28. november 1997.

Som det fremgår af ovenstående har indklagede – og andre ordregivere – af hensyn til fremtidige udbud generelt en interesse i at få afgjort, om indklagede har en konkret interesse i at få afgjort, om indklagede og indklagedes rådgiver, Carl Bro as, har tilrettelagt og gennemført det aktuelle udbud i overensstemmelse med tjenesteydelsesdirektivet.«

Ved skrivelse af 19. december 1997 har klageren nedlagt påstand om, at Klagenævnet afviser klagen.

Klageren har til støtte for denne påstand gjort gældende, at Klagenævnet, efter at Konkurrencestyrelsen som klager har tilbagekaldt klagen, ikke er kompetent til at behandle klagen. Konkurrencestyrelsen har i skrivelsen nærmere begrundet dette anbringende.

Det pågældende formalitets spørgsmål – om Klagenævnet, efter at en klager har tilbagekaldt klagen, er kompetent til at færdigbehandle en klagesag – har været mundtligt forhandlet på et møde den 23. februar 1998. Klageren gav ikke møde ved den mundtlige forhandling.

Klagenævnet udtaler:

Oprettelsen af Klagenævnet for Udbud pr. 1. januar 1992 ved lov nr. 344 af 6. juni 1991 om Klagenævnet for Udbud skete med henblik på gennemførelse af Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurer i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (Kontroldirektivet). Ifølge dette direktiv påhviler det medlemsstaterne at oprette et uafhængigt organ til at overvåge procedurerne ved udbud, således at organet træder i funktion, når der modtages en klage. Organets opgave er herefter at sikre en hurtig og effektiv behandling af klager over de ordregivende myndigheders beslutninger vedrørende udbudsbetingelser, tildeling af ordrer m.v. bl.a. med henblik på, at ulovlige beslutninger annulleres. Der henvises til Folketingstidende 1990–91 (2. samling) Tillæg B spalte 1971 ff, specielt spalte 1973 og 1975. I overensstemmelse hermed er det i lov om Klagenævnet for Udbud (nu lovbekendtgørelse nr. 1166 af 20. december 1995) § 1, stk. 1, og § 2, stk. 1, sammenholdt med § 4, stk. 1, bestemt, at Klagenævnet behandler klager over overtrædelser af EU-udbudsreglerne. Klagenævnet kan således ikke af egen drift rejse sager om overtrædelse af EU-udbudsreglerne.

Efter Kontroldirektivet skal adgang til at klage i hvert fald tillægges virksomheder, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse af EU-udbudsreglerne, jf. Folketingstidende 1990–91 (2. samling) Tillæg B spalte 1978. I overensstemmelse hermed er det i lovens § 4, stk. 1, nr. 1, bestemt, at enhver virksomhed, der har retlig interesse i at klage, er klageberettiget. I tilknytning til denne bestemmelse vedrørende de enkelte virksomheders klageadgang er der yderligere tillagt en række organisationer, hvis medlemmer typisk optræder som tilbudsgivere under offentlige udbud, klageadgang, jf. lovens § 4, stk. 1, nr. 2, sammenholdt med bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud (nu bekendtgørelse nr. 26 af 23. december 1995) § 14, stk. 1 nr. 2.

Når en virksomhed, der er klageberettiget efter § 4, stk. 1, nr. 1, eller en organisation, der er klageberettiget efter § 1, stk. 1, nr. 2, tilbagekalder en klage, vil baggrunden herfor i praksis være, enten at den offentlige udbyder, efter at klagen er indgivet, har rettet den

eller de fejl, som klagen vedrører, eller at klageren ved en fornyet vurdering af udbudet – f.eks. på grundlag af indklagedes redegørelse efter § 15, stk. 1, i bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud – er kommet til det resultat, at der ikke foreligger nogen overtrædelse af EU-udbudsreglerne. Der består i disse situationer ikke længere nogen uenighed mellem klageren og den offentlige udbyder, og tilbagekaldelsen af klagen medfører derfor normalt, at Klagenævnet standser behandlingen af sagen. Tilbagekalder en klager imidlertid sin klage i en situation, hvor der forsat består uenighed mellem klageren og indklagede om, hvorvidt den indklagede offentlige udbyder har handlet i strid med EU-udbudsreglerne, og fremsætter den offentlige udbyder, efter at klagen er tilbagekaldt, anmodning om, at Klagenævnet – uanset at klagen er tilbagekaldt – skal tage stilling til, om der er sket en overtrædelse af EU-udbudsreglerne, vil det kunne indebære en tilsidesættelse af hensynet til den offentlige udbyders velbegrundede interesse i at få Klagenævnets stillingtagen til, om udbyderen har overtrådt EU-udbudsreglerne, hvis Klagenævnet undlader at færdigbehandle sagen. Lov om Klagenævnet for Udbud giver ikke grundlag for at antage, at Klagenævnet under disse omstændigheder er afskåret fra at færdigbehandle en sag.

Gennemførelsen af lov om Klagenævnet for Udbud i 1991 indebar imidlertid ikke alene oprettelse af et administrativt klageorgan i overensstemmelse med Kontrollovens krav. Ved loven blev der som led i det offentlige administrative kontrolsystem oprettet et særligt lovbestemt specialtilsyn (sektortilsyn) med de offentlige ordregiveres overholdelse af EU-udbudsreglerne. Da Klagenævnet som anført ikke af egen drift kan rejse sager om overtrædelse af EU-udbudsreglerne, blev specialtilsynet med EU-udbudsreglerne ved loven etableret på den måde, at ret til at indgive klage til Klagenævnet blev tillagt en række offentlige myndigheder, som inden for deres ressortområde i forvejen er tillagt tilsynsbeføjelser, jf. lovens § 4, stk. 1, nr. 2, sammenholdt med bekendtgørelsens § 14, stk. 1, nr. 2. Specialtilsynet fungerer således på den måde, at initiativet til, at tilsynet træder i funktion, tages af de klageberettigede offentlige myndigheder, mens tilsynsfunktionerne i øvrigt varetages af Klagenævnet for Udbud. Der henvises til Folketingstidende 1991–92 (2. samling) Tillæg B, spalte 1973 og 1979.

Når en klageberettiget, offentlig myndighed ved indgivelse af en klage til Klagenævnet tager initiativ til, at Klagenævnet træder i funktion som specialtilsyn, er baggrunden, at der efter den pågældende myndigheds opfattelse er sket en overtrædelse af EU-udbudsreglerne. Efter lov om Klagenævnet for Udbud sammenholdt med almindelige forvaltningsretlige grundsætninger er det herefter Klagenævnets opgave, for det første at tilvejebringe de oplysninger, som er nødvendige for at kunne tage stilling til, om EU-udbudsreglerne er overtrådt, for det andet på det tilvejebragte grundlag at tage stilling til, om EU-udbudsreglerne er overtrådt, og for det tredje – hvis EU-udbudsreglerne er overtrådt – at tage stilling til, hvilke sanktioner der i den anledning skal bringes i anvendelse. Der er ikke efter lov om Klagenævnet for Udbud grundlag for at antage, at den offentlige myndighed, som ved sin indgivelse af en klage har anmodet Klagenævnet

om at træde i funktion som specialtilsyn vedrørende EU-udbudsreglerne efterfølgende – f.eks. ved at tilbagekalde klagen – skulle kunne hindre Klagenævnet i at afslutte sin opgave som specialtilsyn.

På baggrund af det anførte er det Klagenævnets standpunkt, at den omstændighed, at Konkurrencestyrelsen har tilbagekaldt klagen, ikke indebærer, at Klagenævnet er afskåret fra at færdigbehandle sagen.

Klagenævnet har herefter med følgende begrundelse besluttet at færdigbehandle den aktuelle sag:

Konkurrencestyrelsen har som klager nedlagt den ovenfor anførte påstand 2. Tårnby Kommune har heroverfor som anført nedlagt påstand om »Frifindelse«. Denne påstand indeholder reelt følgende påstand:

»2. Klagenævnet skal fastslå, at Tårnby Kommune ikke har overtrådt artikel 3, stk. 2, i tjenesteydelsesdirektivet, idet Tårnby Kommune ikke i forbindelse med det pågældende udbud har modtaget bistand fra GR i en sådan grad, at der herved er sket en forrykkelse af GR's konkurrencemæssige stilling i forhold til de øvrige bydende.«

Konkurrencestyrelsen har endvidere som klager nedlagt den ovenfor anførte påstand 3. Tårnby Kommune har heroverfor som anført nedlagt sin påstand 3, som reelt indeholder følgende påstand:

»3. Klagenævnet skal fastslå, at Tårnby Kommune som følge af, at kommunen ikke har overtrådt EU-udbudsreglerne som anført i påstand 2, er berettiget til at tildele den udbudte opgave til den af de 4 bydende, som har afgivet det mest økonomiske tilbud.«

Såfremt Konkurrencestyrelsen i forbindelse med sin tilbagekaldelse af klagen havde tilkendegivet, at Konkurrencestyrelsen – f.eks. på grundlag af senere fremkomne oplysninger – ikke længere var af den opfattelse, at Tårnby Kommune har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, havde der ikke længere af Konkurrencestyrelsen som klageberettiget offentlig myndighed over for Klagenævnet været rejst tvivl, om kommunen på dette punkt har overtrådt EU-udbudsreglerne. Det fremgår imidlertid af Konkurrencestyrelsens skrivelse af 28. november 1997, at Konkurrencestyrelsen fortsat mener, at Tårnby Kommune har overtrådt artikel 3, stk. 2. Konkurrencestyrelsen har således i sin egenskab af klageberettiget myndighed tilkendegivet, at styrelsen fortsat er af den opfattelse, at Tårnby Kommune har overtrådt EU-udbudsreglerne på dette punkt, og Tårnby Kommune har på denne baggrund anmodet Klagenævnet om at færdigbehandle sagen. Det påhviler under disse omstændigheder Klagenævnet som tilsynsmyndighed at tage stilling til dette spørgsmål.

Det ville endvidere indebære en tilsidesættelse af hensynet til den offentlige udbyders velbegrundede interesse i at få Klagenævnets stillingtagen til, om kommunen har overtrådt EU-udbudsreglerne, hvis Klagenævnet besluttede ikke at færdigbehandle sagen.

Herefter bestemmes:

Klagenævnet er ikke afskåret fra at færdigbehandle sagen.