

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Viggo Olesen, Jørgen Egholm)

J. nr.: 99-160.576

17. december 1999

K E N D E L S E

Renoflex A/S

(advokat René Offersen, København)

mod

Søllerød Kommune

(advokat Jesper Fabricius, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 18. marts 1999 udbød indklagede, Søllerød Kommune, som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (Tjenesteydelsesdirektivet) en tjenesteydelse bestående af affaldsindsamling i Søllerød Kommune for en 4 årig periode med kontraktstart den 1. marts 2000. Den udbudte tjenesteydelse var delt i 4 underentrepriser, således at der kunne afgives tilbud på en eller flere delentrepriser eller samlet på alle 4 delentrepriser:

»Tjenesteydelsens kategori og beskrivelse, CPC-nummer, mængde, optioner: CPV: 90121100, 90121200. Begrænset udbud, kategori 16.

Der udbydes i alt 4 delentrepriser:

- 1: Ugentlig indsamling og transport til behandlingsanlæg af dagrenovation fra private boliger og erhvervsvirksomheder i Søllerød Kommune. Kommune omfatter ca. 14.000 husstande.

Ved parcel- og rækkehuse samt enkelte andre ejendomme opdeles dagrenovationen i bioaffald i 60 l sække og restaffald i 125 l sække.

Etageejendomme opdeler p.t. ikke affaldet, med anvender 155 l sække.

Nogle ejendomme har 400 l eller 800 l minicontainere.

Derudover vil der være et antal minicontainere med usorteret affald fra institutioner, erhverv mv. Minicontainere skal tømmes minimum hver uge.

- 2: Indsamling og transport af haveaffald fra samtlige husstande en gang hver uge i perioden 1. april til 31. oktober.
- 3: Indsamling og transport af storskrald fra samtlige husstande på baggrund af bestillinger fra den enkelt husstand.
Indsamlingen foretages 1 gang månedlig i perioden 1. april til 31. oktober.
- 4: Tømning af flaske- og avisbobler ca. 90. stk. og transport af materiale, samt renholdelse af standpladser, ca. 45 stk.«

Ved udløbet af fristen for fremsættelse af anmodning om at blive prækvalificeret den 26. april 1999 havde følgende 10 virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Renovadan Miljøservice A/S.
2. Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS.
3. Leon Petersen Kloak A/S.
4. I/S Fjellerup og Søn.
5. S. Jacobsen A/S.
6. Marius Pedersen A/S.
7. HCS A/S Transport og Spedition.
8. Søllerød Renholdning ApS.
9. Renoflex A/S.
10. Lyngby Renovations- og Containerservice ApS.

Den 16. juni 1999 besluttede indklagede at prækvalificere alle 10 virksomheder, og den 13. juli 1999 blev udbudsbetingelserne sendt til de prækvalificerede virksomheder. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 25. august 1999 havde 7 af de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Den 14. september 1999 indgav, Renoflex A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Søllerød Kommune. Klageren anmodede samtidig Klagenævnet om i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., at beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 23. september 1999 besluttede Klagenævnet at give klagen opsættende virkning. Sagen har været behandlet på et møde den 12. november 1999.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal annullere indklagede beslutning om at prækvalificere Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS, fordi anmodningen fra denne virksomhed om prækvalifikation ikke opfyldt kravet i udbudsbekendtgørel-

sen om »Erklæring om antallet af beskæftigede gennem de sidste tre år« og om »Dokumentation for at egnet materiel og kapacitet kan stilles til rådighed«.

Påstand 2.

Klagenævnet skal forbyde indklagede at beslutte at indgå en kontrakt om hele entreprisen eller en kontrakt om delentreprise 1 med Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS, fordi tilbudet fra denne tilbudsgiver ikke indeholder oplysninger, som giver indklagede mulighed for ved vurderingen af tilbudet at anvende delkriteriet »Kvalitets- og serviceniveau«.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2).

Klagenævnet skal forbyde indklagede at beslutte at indgå en kontrakt om hele entreprisen med Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS, fordi tilbudet fra denne tilbudsgiver vedrørende hele entreprisen ikke er det økonomisk mest fordelagtige tilbud af de afgivne tilbud.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3).

Klagenævnet skal forbyde indklagede at beslutte at indgå kontrakt om delentreprise 1 med Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS, fordi tilbudet fra denne tilbudsgiver vedrørende delentreprise 1 ikke er det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 5.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved at føre forhandlinger med Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS om prisen ved indgåelse af en eventuel kontrakt vedrørende den udbudte tjenesteydelse.

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

Klagenævnet har på eget initiativ yderligere behandlet følgende spørgsmål:

6. Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i udbudsbekendtgørelsen at fastsætte tildelingskriteriet »tildeling af ordren vil ske ud fra det mest fordelagtige tilbud« og i udbudsbetingelserne at fastsætte tildelingskriteriet »Søllerød Kommune vil vælge det fordelagtigste tilbud« med nærmere angivne underkriterier, uagtet dette kriterium ikke efter Tjenesteydelsesdirektivet er et lovligt tildelingskriterium.

7. Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, ved ikke i beskrivelsen af tildelingskriteriet at anføre, at underkriterierne til underkriteriet »Kvalitet- og serviceniveau« er angivet i ikke-prioriteret rækkefølge, uagtet at disse underkriterier var tilsigtet fastsat i ikke-prioriteret rækkefølge.
8. Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med forbudet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, mod forskelsbehandling, ved at kommunen forud for udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation gav en virksomhed (Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS) tilsagn om, at kommunen ville kontakte virksomheden, hvis virksomheden ikke i forbindelse med sin anmodning om prækvalifikation havde fremsendt tilstrækkelige oplysninger.
9. Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne »Økonomi - tilbudssum« og »Kvalitet- og serviceniveau«, uagtet den udbudte tjenesteydelse i udbudsbetingelserne er beskrevet på en sådan måde og præciseret i en sådan grad, at det, når det er konstateret, at et tilbud opfylder alle kravene i udbudsbetingelserne, ikke er muligt tillige at vurdere tilbudet på grundlag af underkriteriet »Kvalitet- og serviceniveau«.

Ad påstand 1.

Udbudsbekendtgørelsen er anført følgende:

- »13. Minimumskrav: Anmodningen om prækvalifikation skal være ledsaget af følgende:
- Erklæring om at byder ikke er udelukket fra at afgive tilbud i henhold til artikel 29 i Rådets direktiv 92/50/EØF.
 - Dokumentation for virksomhedens optagelse i et virksomheds- eller selskabsregister.
 - Årsregnskab for de sidste 3 år.
 - Dokumentation for tilladelse til godskørsel for fremmed regning.
 - Eventuelle referencer fra lignende opgaver inden for de sidste 3 år.
 - Erklæring om antallet af beskæftigede gennem de sidste tre år.
 - Dokumentation for at egnet materiel og kapacitet kan stilles til rådighed.«

Anmodningen fra Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS indeholdt ikke de oplysninger, der er anført af de 2 sidstnævnte punkter. Det var dog oplyst, at selskabet i 1996 havde afsendt lønsedler til 20 lønmodtagere, i 1997 til 23 lønmodtagere og i 1998 til 16 lønmodtagere.

I et telefonnotat af 26. april 1999 udarbejdet af en medarbejder i teknisk forvaltning hedder det:

»O.P. (Holte- Flytte – og Vognmandsforretning ApS' direktør, vognmand Ove M. Pedersen) kunne oplyse at han i alt har 6 biler som kunne anvendes til forsk. formål - afhængig af »lad«.«

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke kunne prækvalificere Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS, fordi denne virksomhed ikke fremsendte den skriftlige dokumentation til indklagede, som de virksomheder, der ønskede at blive prækvalificeret, efter udbudsbekendtgørelsen skulle fremsende. Denne virksomhed fremsendte således ikke dokumentation for, at egnet materiel og nødvendig kapacitet kan stilles til rådighed for udførelsen af tjenesteydelsen. Der blev heller ikke fremsendt erklæring om antallet af beskæftigede gennem de sidste 3 år, men alene oplysninger om antallet af personer, der i de pågældende år er sendt lønseddel til, hvilket antal ikke nødvendigvis svarer til antallet af beskæftigede. Klageren har endvidere gjort gældende, at en udbyder ikke ved en prækvalifikation kan nøjes med blot at støtte sig til det kendskab til en virksomhed, som kommunen i forvejen har, men skal påse, at kravene fastsat i udbudsbekendtgørelsen er opfyldt.

Indklagede har gjort gældende, at kommunen har været berettiget til at tage hensyn til det kendskab, som kommunen i forvejen havde til Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS fra den nuværende renovationsentreprise, og at kommunen på dette grundlag kunne konstatere, at denne virksomhed opfyldte betingelserne for at blive prækvalificeret. Det er på baggrund heraf ikke afgørende, at den pågældende virksomhed ikke i alle henseender har opfyldt kravene i udbudsbekendtgørelsen, og indklagede ville have handlet i strid med EU-udbudsreglerne, hvis indklagede ved prækvalifikationen ikke havde taget anmodningen fra Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS i betragtning.

Ad påstand 2, punkt 6, punkt 7 og punkt 9.

I udbudsbekendtgørelsen er anført følgende om tildelingskriteriet:

»Tildeling af ordren vil ske ud fra det mest fordelagtige tilbud i henhold til kriterier fastsat i udbudsmateriale.«

I udbudsbetingelserne er i afsnit »8.0. Tilbudsgrundlag«, underafsnit »8.1. Generelt« anført følgende:

»Tilbuddet skal indeholde samtlige entreprenørydelser, der er nødvendige for udførelsen af de i udbudet beskrevne arbejder, herunder omkostninger i forbindelse med:

- Miljøbeskyttelse
- Arbejds miljø og sikkerhed
- Kvalitetssikring
- Alle gebyrer og afgifter, bortset fra kommunale og statslige afgifter vedrørende affaldsbortskaffelse.

.....

Entreprenøren skal ud over tilbudslistens priser afgive supplerende oplysninger om arbejdets planlagt udførelse omfattende:

- Organisation
- Navngivne nøglepersoner
- Eventuelle underentreprenører
- Materiel der påtænkes anvendes.«

I underafsnit »8.2. Evalueringskriterier« er anført følgende:

»Søllerød Kommune vil vælge det fordelagtigste tilbud efter en vurdering af:

- Økonomi – tilbudssum
- Kvalitet- og serviceniveau

Med hensyn til kvalitet- og serviceniveau lægges vægt på, at Entreprenøren kan yde en god kvalitet og et højt serviceniveau. Dette omfatter:

- Kvalitet af materiel, herunder hensyntagen til Søllerød Kommunes infrastruktur.
- Kvalitet og service i forhold til udførelsen af arbejdet, herunder organisationsforhold, systemer til sikring af kvaliteten og til sikring af serviceniveauet.
- Kvalitet i håndteringen af det kildesorterede materiale.
- Kvalitet og service i forhold til Søllerød Kommune, herunder organisationsforhold og formen for samarbejde med Kommunen.
- Fleksibilitet, herunder løbende drøftelser med Søllerød Kommune om behovet for ændringer og opretning af eventuelle fejl og problemer.

Som det fremgår af ovenstående vil Søllerød Kommune vurdere tilbuddene på ovennævnte kriterier. Søllerød Kommune vil derfor anbefale tilbudsgiverne i deres tilbud at præcisere hvordan og i hvilket omfang, de opfylder disse kriterier.

Søllerød Kommune vælger det fordelagtigste af de indkomne tilbud samlet eller på hver delentreprise eller forkaste dem alle.«

Tilbudet fra Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS bestod udelukkende af de udfyldte tilbudslistes vedrørende de 4 delentrepriser samt det udfyldte samleskema.

Klageren har vedrørende påstand 2 gjort gældende, at tilbudet fra Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS er ukonditionsmæssigt, og at indklagede derfor er forpligtet til ikke at tage dette tilbud i betragtning. Tilbudet fra denne tilbudsgiver indeholder ikke andet end priserne på tilbudslisterne, men derimod ikke en lang række andre oplysninger om tilbudet, som er nødvendige, for at indklagede kan foretage en vurdering af tilbudet på grundlag af tildelingskriteriet. Tilbudet indeholder således ingen oplysninger om den organisation hos tilbudsgiveren, der skal udføre tjenesteydelsen, ligesom der ikke er oplyst navngivne nøglepersoner. Tilbudet indeholder endvidere ingen oplysninger om det materiel, som tjenesteydelsen skal udføres med, herunder ikke oplysninger om eventuelle underentreprenører. Tilbudet indeholder endelig ikke nogen som helst beskrivelse af, hvorledes tjenesteydelsen vil blive udført. Oplysningerne i tilbudet har således ikke givet indklagede noget grundlag for at bedømme tilbudet på grundlag af underkriteriet »Kvalitet- og serviceniveau«, men alene at bedømme tilbudet på grundlag af underkriteriet »Økonomi- tilbudssum«.

Indklagede har vedrørende påstand 2 gjort gældende, at indklagede ved vurderingen af tilbudet fra Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS har bygget på de oplysninger, der i forbindelse med prækvalifikationen var modtaget om virksomheden, samt at kommunen endvidere har bygget på – og været berettiget til at bygge på – det kendskab til virksomheden, som kommunen havde som følge af, at virksomheden i en årrække har været underentreprenør for den virksomhed, som indtil udbudet har haft renovationen i kommunen, nemlig Søllerød Renholdning ApS. Kommunens indgående kendskab til Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS vedrørende den hidtidige virksomhed gav kommunen et tilstrækkeligt grundlag for at bedømme tilbudet også ud fra underkriteriet »Kvalitet- og serviceniveau«. Indklagede ville således have handlet i strid med EU-udbudsreglerne, hvis kommunen havde undladt at tage tilbudet fra Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS i betragtning.

Indklagede har vedrørende punkt 7 gjort gældende, at bestemmelsen i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, alene omfatter de underkriterier, der fastsættes til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« - i det aktuelle tildelingskriterium underkriterierne »Økonomi- tilbudssum« og »Kvalitet- og serviceniveau« - men ikke den nærmere beskrivelse af de fastsatte underkriterier, som en udbyder måtte finde det hensigtsmæssigt at medtage i udbudsbetingelserne. Det kan således ikke udledes af denne bestemmelse, at en nærmere beskrivelse af et underkriterium,

hvis den sker ved opregning af en række punkter, skal udarbejdes, enten således at de opregnede punkter opstilles i prioriteret rækkefølge, eller således at det udtrykkeligt er anført, at de opregnede punkter ikke er prioriterede. Indklagede har nærmere anført, at der i udbudsretlig praksis ofte gives en nærmere beskrivelse af et underkriterium i en flydende og sammenhængende sproglig form, og at et krav om, at en sådan beskrivelse så vidt muligt skal ske i prioriteret rækkefølge, vil være eller kunne være uhensigtsmæssig og uhåndterlig for udbyderne og eventuelt afholde udbyderne fra i udbudsbetingelserne at give nærmere beskrivelse af underkriterierne, selv om de finder det hensigtsmæssigt.

Ad påstand 5.

Af de prækvalificerede virksomheder afgav kun følgende virksomheder tilbud:

1. Renovadan Miljøservice A/S: Delentreprise 1, 3 og 4.
2. Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS: Delentreprise 1 - 4.
3. Leon Petersen Kloak A/S: Delentreprise 1 – 4 og den samlede entreprise.
4. I/S Fjellerup og Søn: Delentreprise 3 og 4.
5. S. Jacobsen A/S: Delentreprise 2, 3 og 4.
7. HCS A/S Transport og Spedition: Delentreprise 1 - 4.
9. Renoflex A/S: Delentreprise 1 – 4 og den samlede entreprise.

De 3 laveste tilbud ved hver af de 4 delentrepriser var følgende:

Delentreprise 1:

- | | |
|---|---------------|
| 2. Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS | 7.767.588 kr. |
| 9. Renoflex A/S | 7.906.952 kr. |
| 1. Renovadan Miljøservice A/S | 8.033.433 kr. |

Delentreprise 2:

- | | |
|---|-------------|
| 3. Leon Petersen Kloak A/S | 88.200 kr. |
| 2. Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS | 130.900 kr. |
| 9. Renoflex A/S | 191.114 kr. |

Delentreprise 3:

- | | |
|-------------------------------|-------------|
| 3. Leon Petersen Kloak A/S | 301.000 kr. |
| 1. Renovadan Miljøservice A/S | 393.750 kr. |
| 4. I/S Fjellerup og Søn | 399.000 kr. |

Delentreprise 4:

5. S. Jacobsen A/S	354.400 kr.
2. Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS	388.728 kr.
3. Leon Petersen Kloak A/S	435.630 kr.

Det fremgår af Teknisk Forvaltnings oversigt over tilbudssummerne, at tilbudet vedrørende delentreprise 3 fra Leon Petersen A/S efter Teknisk Forvaltnings opfattelse er ukonditionsmæssigt.

De to laveste tilbud vedrørende den samlede entreprise var følgende:

2. Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS	8.775.466 kr.
9. Renoflex A/S	9.171.389 kr.

Den 26. august 1999 indkaldte indklagede Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS til et møde, som blev afholdt den 31. august 1999.

I en skrivelse af 7. september 1999 fra Søllerød Kommune til klagerens advokat underskrevet af teknisk direktør Carl Steen Berggren og afdelingsingeniør Poul Erik Bjørnsen hedder det bl.a.:

»På baggrund af denne bedømmelse vurderer Kommunen, at Holte Flytte- og Vognmandsforretning har afgivet det fordelagtigste tilbud, og Søllerød Kommune har derfor indledt kontraktsforhandlinger angående en samlet overdragelse af hele udbudsforretningen »Affaldsindsamling i Søllerød Kommune«.....

På ovennævnte baggrund vil Søllerød Kommune således forsætte kontraktsforhandlinger med Holte Flytte- og Vognmandsforretning om en samlet overdragelse.«

I en skrivelse af 14. september 1999 fra Søllerød Kommune til klagerens advokat ligeledes underskrevet af teknisk direktør Carl Steen Berggren og afdelingsingeniør Poul Erik Bjørnsen hedder det bl.a.:

»Afslutningsvis skal Forvaltningen beklage fejlagtig formulering af fax af 7. september 1999, idet der ikke er igangværende kontraktsforhandlinger med Holte Flytte- og Vognmandsfirma ApS. Teknisk Forvaltning indledte den 31. august 1999 orienterende drøftelser med firmaet alene med henblik at vurdere endeligt, om der skal accepteres enkelttilbud eller det samlede bud.«

I en skrivelse af 17. september 1999 fra Søllerød Kommune til Klagenævnet for Udbud ligeledes underskrevet af teknisk direktør Carl Steen Berggren og afdelingsingeniør Poul Erik Bjørnsen hedder det:

»Kommunen indkaldte herefter Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS til en orienterende drøftelse den 31.8.1999, hvorunder Kommunen

oplyste, at man var af den opfattelse, at man efter udbuddets formulering af valgbestemmelsen (Søllerød Kommune vælger det fordelagtigste af de indkomne tilbud samlet eller på hver delentreprise for sig eller forkaste[r] dem alle.) kunne vælge dette firmas bud – enten som mest fordelagtigt på den samlede entreprise eller som mest fordelagtigt på delentreprise 1.

Hér ud over oplyste Kommunens repræsentanter, at man ville overveje, om de kvalitets- og servicemæssige fordele for Kommunen ved samlet overdragelse (bl.a. lettelse af kommunikationen med Kommunen og borgerne, der jo alle anvender alle 4 ordninger) var tilstrækkeligt store til at kompensere for forskellen mellem de i øvrigt fordelagtigste enkeltbud og det fordelagtigste samlede bud.

I disse overvejelser ville indgå bl.a. vurderingen af det efter tilbudslisten laveste bud på entreprise 2 (Storskrald), hvortil var knyttet et forbehold. Det er (fortsat) ikke klart for Kommunen, om buddet må forkastes som ikke konditionsmæssigt, ligesom værdien af forbeholdet ikke er fastlagt, hvis buddet i øvrigt kan accepteres.

Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS's repræsentanter oplyste, at de, inden start af kontraktsforhandlinger ville drøfte med de lavestbydende på enkeltentrepriserne, om disse eventuelt ville overveje status som underentreprenører i tilfælde af, at Kommunen skulle beslutte at overdrage den samlede entreprise efter det fordelagtigste bud herpå.«

Ad punkt 8.

Det er oplyst, at indklagede den 18. marts 1999 udsendte 2 udbudsbekendtgørelser, dels den, som denne sag drejer sig om, dels en udbudsbekendtgørelse vedrørende transport af containere, og at fristen for anmodning om prækvalifikation vedrørende begge udbud udløb den 26. april 1999.

I et telefonnotat af 23. april 1999 udarbejdet af en medarbejder ved Teknisk Forvaltning hedder det:

»Sag: Udbud – renovation.

Indhold:

Ove Petersen, Holte Flytte- og V. forretn. ringede vedrørende prækvalifikation.

1. Han vedlægger regnskab i 3 ex. i stedet for at vedlægge regnskaber for hvert deludbud. Hvis der er problemer i dette, har jeg lovet ham, at han ikke bliver smidt ud, men at vi kontakter ham.
2. Han beskriver kun virksomheden ud fra den forudsætning, at vi kender den i forvejen.
3. Han har rekvireret EU-serviceattest i Selskabsstyrelsen. De har en lang sagsbehandlingstid, og kan ikke fremskynde sagen. Serviceattesten eftersendes derfor.

Hvis problemer, ring til Ove P.«

Indklagede har gjort gældende, at den pågældende medarbejder hos kommunen under telefonsamtalen den 23. april 1999 blot tilkendegav over for vognmand Ove M. Pedersen, at kommunen ville kontakte Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS, hvis det ikke var tilstrækkeligt, at selskabet fremsendte én kopi af de seneste 3 årsregnskaber, men nødvendigt, da der var tale om 2 forskellige udbud, at fremsende 2 kopier af årsregnskaberne. Indklagede har endvidere gjort gældende, at medarbejderen ikke herudover gav vognmand Ove M. Pedersen tilsagn om, at kommunen ville kontakte virksomheden, hvis der ikke blev fremsendt tilstrækkelige oplysninger i forbindelse med prækvalifikationen.

Ad punkt 9.

Udbudsbetingelserne er et dokument på 41 sider, der indeholder følgende afsnit:

»1.0. Arbejdets omfang og ydelser.«

I dette afsnit redegøres der for forholdene i kommunen med relation til kommunens renovationssystem, ligesom det foreskrives, at entreprenøren skal være villig til at medvirke ved forsøgsordninger m.v. og forpligtet til at acceptere ændringer som følge af ændret lovgivning m.v.

»2.0. Arbejdets generelle udførelse.«

Dette afsnit indeholder detaljerede forskrifter for meddelelsesseddel til grundejeren, for vanskeligheder ved afhentning, for modtageanlægene for de forskellige fraktioner af affald samt for entreprenørens personel og materiel.

»3.0. Delentreprise 1: Dagrenovation fra samtlige ejendomme.«

»4.0. Delentreprise 2: Storskrald fra samtlige ejendomme.«

»5.0. Delentreprise 3: Haveaffald fra samtlige ejendomme.«

»6.0. Delentreprise 4: Flaske- og avisbøbler.«

Disse 4 afsnit indeholder meget detaljerede forskrifter for hver af de 4 delentrepriser.

»7.0. Betingelser.«

Dette afsnit indeholder forskrifter bl.a. om entreprenørens repræsentant, om underentreprenører og om kommunens kontrol med renovationen samt bestemmelser om betaling, sikkerhedsstillelse, ansvar og forsikring, force majeure, misligholdelse, voldgift, bod og entreprenørens administration. Afsnittet indeholder endelig en række forskrifter for serviceniveauet og kvalitetsstyring.

»8.0. Tilbudsgrundlaget.«

Dette afsnit indeholder bl.a. forskrifter for udbudet samt det fastsatte tildelingskriterium.

Indklagede har oplyst, at kommunen helt konsekvent ved udbud efter EU-udbudsreglerne anvender tildelingskriteriet »Det økonomisk mest fordelagtige tilbud« uanset udbudets beskaffenhed.

Indklagede har udarbejdet et dokument vedrørende »Prisfastsættelse af kvalitet- og serviceniveau«. Det er oplyst, at dette dokument blev udarbejdet efter, at klageren havde rettet henvendelse til kommunen, og at dokumentet ikke ville være blevet udarbejdet, hvis der ikke var blevet klaget over udbudet. I notatet er anført følgende:

Vedrørende »Kvalitet af materiel« er anført:

»Vurdering: tillægges ikke så stor vægt da kravene implicit er opstillet i udbudsmaterialet«, og det er anført, at der ved alle 4 delentrepriser til tilbudssummen tillægges 5.000 kr. ved »mangelfuld« og fratrækkes 5.000 kr. ved »god«.

Vedrørende »Sikring af kvalitet og service« er anført:

»Vurdering: dette arbejde kræver for hele entreprisen $\frac{1}{2}$ mand med skønnet lønudgift = $300.000 \times 1,8 = 540.000$ kr./år dvs. $\frac{1}{2}$ mand = 270.000 kr./år. Såfremt intet er oplyst tillægges nedenstående tilbudssum:

Delentreprise 1:	0,2 mand	=	108.000
Delentreprise 2:	0,1 mand	=	54.000
Delentreprise 3:	0,1 mand	=	54.000
Delentreprise 4:	$\frac{1}{2}$ mand	=	54.000 .«

Vedrørende »Kvalitet i håndteringen af det kildesorterede materiale« er anført: »Vurdering: dette kriterium indgår i vurderingen af »sikring af kvalitet og service«.

Vedrørende »Kvalitet og service i forhold til Søllerød Kommune, herunder org. forhold og samarbejdsform« er anført, at der ved alle 4 delentrepriser til tilbudssummen lægges 1.000 kr., hvis der ikke i et tilbud er oplysninger vedrørende dette underkriterium, og forholdene ikke er kendt.

Klagenævnet udtaler:

Ad punkt 6 og punkt 7.

Klagenævnet lægger efter det oplyste til grund, at indklagede uanset den anvendte formulering i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne

har tilsigtet at fastsætte tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Indklagede har således overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at beskrive tildelingskriteriet i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne som sket.

Det må antages, at Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, - som anført af indklagede – alene indeholder et krav om, at de underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, der skal fastsættes, så vidt muligt skal være prioriterede, samt et krav om, at det – hvis det ikke er muligt at prioritere underkriterierne – skal være angivet, at de er anført i ikke-prioriteret rækkefølge. Der er således ikke efter artikel 36, stk. 2, noget krav om, at en udbyder, når han vælger i udbudsbetingelserne at foretage en nærmere beskrivelse af et eller flere af de fastsatte underkriterier og udformer denne beskrivelse ved en opregning af en række punkter, skal prioritere disse punkter eller angive, at de er anført i ikke-prioriteret rækkefølge. Indklagede har således ikke handlet i strid med artikel 36, stk. 2, ved sin udformning af den nærmere beskrivelse af underkriteriet »Kvalitet- og serviceniveau«.

Teknisk direktør Carl Steen Berggreen og afdelingsingeniør Poul Erik Bjørnsen har begge forklaret, at kommunen havde valgt tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« i stedet for tildelingskriteriet »den laveste pris«, fordi kommunen, hvis de laveste tilbud lå meget tæt på hinanden, ville have mulighed for ikke at skulle vælge det laveste tilbud, og de har endvidere begge forklaret, at kommunen kun i denne situation og ellers ikke ville anvende underkriteriet »Kvalitet- og serviceniveau«. Afdelingsingeniør Poul Erik Bjørnsen har yderligere forklaret, at man nok kun ville anvende underkriteriet »Kvalitet- og serviceniveau«, hvis prisforskellen var i niveauet 50.000 kr. eller derunder.

Når en udbyder i overensstemmelse med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, litra a, har fastsat tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, og i forbindelse hermed i overensstemmelse med artikel 36, stk. 2, har fastsat underkriterierne »Økonomi- tilbudssum« og »Kvalitet- og serviceniveau«, påhviler det udbyderen at foretage en vurdering af hvert enkelt af tilbudene på grundlag af begge de fastsatte underkriterier, ligesom det påhviler udbyderen ved sin beslutning om, hvilket af tilbudene der skal vælges, at foretage dette valg ved anvendelse af begge underkriterierne. Det fremgår af de anførte forklaringer, at indklagede under det aktuelle udbud ikke havde til hensigt at handle på denne måde, men havde til hensigt at handle på en måde, der er i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36.

Ad punkt 8.

Telefonnotatet af 23. april 1999 kan efter sit indhold og sin tekstmæssige opstilling ikke forstås således, at kommunen alene ville rette telefonisk henvendelse til vognmand Ove M. Pedersen vedrørende det spørgsmål, der er anført under punkt 1, men derimod således, at kommunen vil kontakte vognmand Ove M. Pedersen telefonisk, hvis der i det hele taget opstod problemer vedrørende Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS' anmodning om prækvalifikation. Klagenævnet har ved afgørelsen af dette spørgsmål endvidere lagt vægt på det senere telefonnotat af 26. april 1999 samt på de forklaringer om kommunens fremgangsmåde under udbudet, der er afgivet af teknisk direktør Carl Steen Berggren og afdelingsingeniør Poul Erik Bjørnsen. Klagenævnet kan således fastslå, at en medarbejder hos indklagede den 23. april 1999 – altså på et tidspunkt efter, at udbudsbekendtgørelsen var udsendt, men før fristen for indgivelse af anmodning om prækvalifikation var udløbet – gav en virksomhed, som ville anmode om at blive prækvalificeret (Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS), tilsagn om, at kommunen ville kontakte den pågældende virksomhed, hvis virksomheden ikke i forbindelse med anmodningen om prækvalifikation havde fremsendt tilstrækkelige oplysninger. Efter EU-udbudsreglerne bærer en virksomhed, der ønsker at blive prækvalificeret, selv risikoen for, at virksomheden i forbindelse med anmodningen om prækvalifikation fremsender de krævede oplysninger. Indklagede har derfor handlet i strid med EU-udbudsreglernes ligebehandlingsprincip ved at give denne virksomhed det pågældende tilsagn.

Ad påstand 1.

Indklagede har i udbudsbekendtgørelsen opregnet de oplysninger, som en virksomhed, der ønsker at blive prækvalificeret, skal fremsende til kommunen sammen med anmodningen om prækvalifikation, og det er bl.a. på baggrund af EU-udbudsreglernes krav om gennemskuelse og af hensyn til muligheden for at efterprøve udbydernes dispositioner en selvfølge, at disse oplysninger skal være indeholdt i medfølgende dokumenter. Da Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS ikke sammen med anmodningen om prækvalifikation fremsendte et eller flere dokumenter, hvoraf det fremgår, at »egnet materiel og kapacitet kan stilles til rådighed«, opfylder anmodningen fra denne virksomhed ikke de krav, som indklagede har fastsat.

Indklagede har således været forpligtet til at undlade at tage anmodningen fra Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS om prækvalifikation til følge.

Ad påstand 2.

Det tilbud, som Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS har afgivet, omfatter kun de udfyldte tilbudslistes samt selskabets navn, adresse, faxnummer, telefonnummer og navnet på en kontaktperson, nemlig vognmand Ove M. Pedersen. Da indklagede ikke har mulighed for at vurdere et tilbud af dette indhold i overensstemmelse med begge de 2 fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« – nemlig underkriteriet »Økonomi- tilbudssum« og underkriteriet »Kvalitet- og serviceniveau«, men kun mulighed for at vurdere tilbudet efter det førstnævnte af disse underkriterier, opfylder tilbudet ikke kravene i udbudsbetingelserne, og efter beskaffenheden af manglerne ved tilbudet er indklagede efter EU-udbudsreglerne forpligtet til at undlade at tage tilbudet i betragtning.

Indklagedes formulering af tildelingskriteriet i udbudsbetingelsernes afsnit »8.2. Evalueringskriterier« er – udover de uklarheder, der er behandlet foran under ad punkt 6 og punkt 7 – yderligere uklar derved, at der i afsnittet er indsat følgende passus: »Som det fremgår af ovenstående vil Søllerød Kommune vurdere tilbudene på ovennævnte kriterier. Søllerød Kommune vil derfor anbefale tilbudsgiverne i deres tilbud at præcisere hvordan og i hvilket omfang, de opfylder kriterierne.« Bemærkningen, der indeholder en »anbefaling« til tilbudsgiverne, er uklar, da den både kan forstås således, at de nævnte oplysninger ikke er ubetinget nødvendige, og således, at de nævnte oplysninger er væsentlige og derfor bør være præcise. Udtalelsen må imidlertid mest naturligt forstås som en anbefaling til tilbudsgiverne af at fremsende præcise oplysninger, fordi de er væsentlige, og ikke som en tilkendegivelse om, at disse oplysninger ikke er ubetinget nødvendige. Hertil kommer, at en virksomhed, som ønsker at afgive tilbud under et EU-udbud, i nødvendigt omfang må sætte sig ind i EU-udbudsreglerne, og efter indklagedes formulering af udbudsbetingelserne er der ingen tvivl om, at »Kvalitet- og serviceniveau« med nærmere angivne underkriterier indgår i det fastsatte tildelingskriterium.

På baggrund af det anførte tager Klagenævnet klagerens påstand 2 til følge.

Ad påstand 5.

Indklagede førte på et tidspunkt, hvor indklagede endnu ikke havde besluttet sig for, hvem af tilbudsgiverne kommunen ville indgå kontrakt med og meddelt den pågældende tilbudsgiver/de pågældende tilbudsgivere denne beslutning, forhandlinger med tilbudsgiveren Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS, og det påhviler under disse omstændigheder indklagede af føre bevis for, at der ikke under disse forhandlinger er drøftet emner, som indebærer en overtrædelse af EU-udbudsreglernes forhandlingsforbud.

Det fremgår af de samstemmende forklaringer, der er afgivet af teknisk direktør Carl Steen Berggren og afdelingsingeniør Poul Erik Bjørnsen, der under mødet den 31. august 1999 repræsenterer kommunen, og af vognmand Ove M. Pedersen, der under mødet repræsenterede Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS, at kommunens repræsentanter på mødet tilkendegav, at kommunen på den ene side gerne ville indgå kontrakt med de tilbudsgivere, der havde afgivet det laveste tilbud på hver af de 4 delentrepriser, men på den anden side også gerne ville indgå en samlet kontrakt med en af tilbudsgiverne om hele entreprisen.

Det fremgår af kommunens skrivelse af 17. september 1999 til Klagenævnet, at vognmand Ove M. Pedersen på mødet oplyste, at han ville undersøge, om »de lavestbydende på enkeltentrepriserne.....eventuelt ville overveje status som underentreprenør i tilfælde af, at Kommunen skulle beslutte at overdrage den samlede entreprise efter det fordelagtigste bud herpå« - dvs. beslutte at overdrage den samlede entreprise til den tilbudsgiver, der havde afgivet det fordelagtigste tilbud på den samlede entreprise, nemlig Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS. Den fremgangsmåde, som vognmand Ove M. Pedersen henviste til, må antages at være en fremgangsmåde, som indebærer, at Leon Petersen A/S og S. Jakobsen A/S skulle udføre henholdsvis delentreprise 3 og delentreprise 4, men som underentreprenører for Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS.

Teknisk direktør Carl Steen Berggren og afdelingsingeniør Poul Erik Bjørnsen har derimod forklaret, at vognmand Ove M. Pedersen reagerede på kommunens tilkendegivelse ved at oplyse, at han ville undersøge muligheden for, at Leon Petersen A/S og S. Jakobsen A/S, hvis disse tilbudsgivere fik henholdsvis delentreprise 3 og delentreprise 4, samtidig med at Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS fik delentreprise 1 og 2, ville indgå aftale med Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS om, at dette selskab

skulle varetage modtagelsen af henvendelser fra borgerne også vedrørende delentrepriserne 3 og 4.

Uanset om drøftelserne på mødet vedrørte inddragelse af andre tilbudsgivere som underentreprenører for Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS eller forhandlingerne vedrørte Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS' overtagelse af opgaver, som efter udbudsbetingelserne henhørte under entrepriser, som denne tilbudsgiver ikke skulle have tildelt, har drøftelserne været forhandlinger om eventuel indgåelse af entreprisekontrakter, og drøftelserne har yderligere været forhandlinger om indgåelse af entreprisekontrakter på andet grundlag end det grundlag, der var fastsat i udbudsbetingelserne. Indklagede har ved at gennemføre disse drøftelser klart handlet i strid med EU-udbudsreglernes forhandlingsforbud.

Klagenævnet har overvejet, om de ulovlige forhandlinger med Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS skal medføre, at Klagenævnet annullerer udbudsforretningen. Under hensyn til, at Klagenævnet som anført foran under påstand 2 har forbudt indklagede at tage tilbudet fra Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS, som er den tilbudsgiver, kommunen har forhandlet med, i betragtning, har Klagenævnet ikke fundet grundlag for at annullere udbudet.

Ad punkt 9.

Såfremt en udbyder i udbudsbetingelserne har beskrevet den udbudte tjenesteydelse på en meget detaljeret måde og med en meget høj grad af præcisering af alle de krav, som ydelsen skal opfylde, kan dette – afhængigt af tjenesteydelsens beskaffenhed – medføre, at udbyderen er afskåret fra at fastsætte tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« og tvunget til at fastsætte tildelingskriteriet »det laveste tilbud«. Dette må antages at gælde, selvom Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, efter sin ordlyd synes altid at give en udbyder mulighed for at vælge mellem de 2 tildelingskriterier, der er anført i bestemmelsen. Baggrunden herfor er, at udbyderen ved disse udbud, når det er konstateret, hvilke tilbud der opfylder samtlige fastsatte krav i udbudsbetingelserne, reelt ikke har mulighed for at foretage en samling mellem disse tilbud på anden måde end ved at tage hensyn til tilbudssummerne.

Klagenævnet har efter en gennemgang af udbudsbetingelserne vedrørende det aktuelle udbud besluttet at foretage en vurdering af, om denne situation foreligger ved dette udbud. Klagenævnet har endvidere i forbindelse hermed – under forudsætning af, at tildelingskriteriet »det økonomisk mest

fordelagtige tilbud« er anvendeligt – besluttet at foretage en vurdering af, om det fastsatte underkriterium »Kvalitet- og serviceniveau« på baggrund af beskrivelsen af tjenesteydelsen er et anvendeligt underkriterium.

Begge parter har tilkendegivet, at der ikke ved det aktuelle udbud efter deres opfattelse foreligger en situation, hvor indklagede som udbyder har været afskåret fra at fastsætte tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Begge parter har på grundlag af en gennemgang af udbudsbetingelserne tilkendegivet, at det efter deres opfattelse uanset de detaljerede udbudsbetingelser som følge af den udbudte tjenesteydelses beskaffenhed er muligt at foretage en yderligere vurdering af tilbudene på grundlag af det fastsatte underkriterium »Kvalitet- og serviceniveau« med den tilhørende nærmere beskrivelse af dette underkriterium i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet kan tilslutte sig parternes vurdering og finder således ikke, at indklagede har været afskåret fra under udbudet at fastsætte tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriteriet »Kvalitet- og serviceniveau«. Klagenævnet har herefter på denne baggrund foretaget en vurdering af, om indklagede i udbudsbetingelserne har beskrevet underkriteriet »Kvalitet- og serviceniveau« på en sådan måde, at underkriteriet er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. EF-domstolens dom i sag 31/87 Gebroeders Beentjes mod den Nederlandske Stat, præmis 19.

Ved udarbejdelsen af udbudsbekendtgørelsen påhviler det ordregiveren at fastsætte de kriterier, der i forbindelse med prækvalifikationen vil blive anvendt ved vurderingen af tjenesteyderens evne til at udføre tjenesteydelsen, jf. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 32. Det påhviler endvidere ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne at fastsætte det tildelingskriterium, der vil blive anvendt ved identificeringen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2.

Af de underkriterier, som kommunen har fastsat til underkriteriet »Kvalitet- og serviceniveau«, er kun underkriteriet »Kvalitet og service i forhold til udførelsen af arbejdet,« egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Underkriteriet »Kvalitet i håndteringen af det kildesorterede materiale« vedrører et klart formuleret kontraktvilkår. De øvrige underkriterier vedrører tjenesteyderens evne til at udføre arbejdet og er således krav, der skulle være sikret opfyldt allerede i forbindelse med prækvalifikationen, jf. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 32, stk. 2, litra f. Kommunen har da også i sin skrivelse af 17. september 1999 til Klagenævnet anført

følgende: »Til brug for den endelige fastlæggelse af rækkefølgen mellem buddene foretog Kommunen herefter en vurdering i forhold til udbudsmaterialets kriterium »kvalitets og serviceniveau«. Grundlaget for denne vurdering varat Kommunen allerede under prækvalifikationsrunden havde foretaget en nøje vurdering af, at de bydende var istand til at gennemføre de opgaver, hvortil de blev prækvalificeret på et tilstrækkeligt højt kvalitetsniveau«.

Klagenævnet kan således konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet artikel 36, stk. 2, ved at fastsætte underkriterier til underkriteriet »Kvalitet- og serviceniveau«, som vedrører prækvalifikationen, eller som ikke er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Herefter bestemmes:

Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning om at prækvalificere Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS.

Klagenævnet forbyder indklagede at beslutte at indgå en kontrakt om hele entreprisen eller en kontrakt om nogen af delentrepriserne med Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved at føre forhandlinger med Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i udbudsbekendtgørelsen at fastsætte tildelingskriteriet »tildeling af ordren vil ske ud fra det mest fordelagtige tilbud« og i udbudsbetingelserne at fastsætte tildelingskriteriet »Søllerød Kommune vil vælge det fordelagtigste tilbud« med nærmere angivne underkriterier, uagtet dette kriterium ikke efter Tjenesteydelsesdirektivet er et lovligt tildelingskriterium.

Indklagede har handlet i strid med forbudet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, mod forskelsbehandling, ved at kommunen forud for udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation gav en virksomhed (Holte Flytte- og Vognmandsforretning ApS) tilsagn om, at kommunen ville kontakte virksomheden, hvis virksomheden ikke i forbindelse med sin anmodning om prækvalifikation havde fremsendt tilstrækkelige oplysninger.

Indklagede, Søllerød Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Renoflex A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig