

K E N D E L S E

RenoNorden A/S
(advokat René Offersen, v/advokat Torkil Høg København)

mod

Skive Kommune (Skive Renovation 4-S)
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Den 9. januar 2012 afsagde klagenævnet kendelse vedrørende klagepunkterne 1-3 i denne sag. I kendelsen tog klagenævnet klagerens påstand 2 delvist til følge. Klagenævnet annullerede endvidere indklagedes beslutning af 24. juni 2011 om at tildele kontrakten til Nykøbing Dag- og Industrirenovation v/Bjørn Filtenborg (»Nykøbing Dag- og Industrirenovation« i det følgende).

Klagenævnet havde udskudt behandlingen af klagerens eventuelle påstand om erstatning, indtil klagenævnet havde taget stilling til de øvrige påstande.

Efter at kendelsen var afsagt, meddelte indklagede ved brev af 30. januar 2012, at indklagede ikke var enig i afgørelsen og ønskede den afprøvet ved domstolene.

Ved brev af 9. februar 2012 oplyste indklagede, at indklagede fortsat ikke var enig i klagenævnets afgørelse, og agtede at indgå kontrakt »i henhold til den oprindeligt truffe tildelingsbeslutning«. Indklagede forbeholdt sig at indbringe afgørelsen for domstolene efter klagenævnets stillingtagen til et eventuelt erstatningskrav.

Klageren har herefter ved processkrift af 13. februar 2012 nedlagt følgende påstande:

Påstand 4

Klagenævnet skal påbyde indklagede at undlade at indgå kontrakt som meddelt ved brev af 9. februar 2012 til klagenævnet, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, nr. 3.

Påstand 5 (alternativt til påstand 4, såfremt kontrakt på det tidspunkt, hvor der afsiges kendelse, er indgået mellem indklagede om Nykøbing Dag- og Industrirenovation)

Klagenævnet skal konstatere, at kontrakten mellem indklagede og Nykøbing Dag- og Industrirenovation, er uden virkning, og udstede påbud om, at kontrakten straks bringes til ophør.

Indklagede har påstået, at ingen af de alternative påstande skal tages til følge.

Indklagede har ved e-mail af 29. februar 2012 oplyst, at indklagede den 6. marts 2012 vil træffe beslutning om, hvorvidt kendelsen skal indbringes for domstolene. Hvis dette sker, vil der blive indgået kontrakt med Nykøbing Dag- og Industrirenovation for at sikre affaldshåndteringen i perioden frem til en dom. Ved e-mail af 2. marts 2012 har indklagede meddelt, at indklagede har indgået kontrakt med Nykøbing Dag- og Industrirenovation den 1. marts 2012.

Klagenævnet har den 14. februar 2012 meddelt indklagedes kontraktpart, Nykøbing Dag- og Industrirenovation, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 5, og har fastsat frist for et eventuelt indlæg.

Nykøbing Dag- og Industrirenovation har ønsket at intervenere og har afgivet et indlæg til støtte for indklagede.

Parternes anbringender

Ad påstand 4

Anbringenderne gengives ikke, da påstanden, efter at kontrakt er indgået, ikke er relevant.

Ad påstand 5

Klageren har principalt gjort gældende, at kontrakttildelingen er sket, uden at den i udbudsretlig forstand centrale beslutning, nemlig beslutningen om kontraktindgåelse, er truffet og dermed uden overholdelse af de centrale regler til beskyttelse af berørte aktører, herunder pligt til at redegøre for tildelingen og afholde standstill-periode, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. §§ 2 og 3.

Dette må sidestilles med kontraktindgåelse uden udbudsbekendtgørelse og efterfølgende tildelingsbeslutning, og kontrakten skal derfor (hvis den er indgået) i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, (direkte eller analogt) erklæres for uden virkning.

Subsidiært har klageren gjort gældende, at brevet af 9. februar 2012 de facto er udtryk for en ny tildelingsbeslutning. Klagenævnet skal derfor erklære kontrakten uden virkning med hjemmel i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 16, stk. 1. Kontraktindgåelse uden afholdelse af standstill-periode må i denne sammenhæng sidestilles med kontraktindgåelse i standstill-perioden.

Indklagede har gjort gældende, at tildeling af en kontrakt på baggrund af en tildelingsbeslutning, der efterfølgende er annulleret af klagenævnet, ikke kan sidestilles med tilfælde, hvor en kontrakt indgås uden forudgående afholdelse af et udbud, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1. Sanktionen »uden virkning« er en meget indgribende sanktion over for ordregiverne, og de tilfælde, hvor sanktionen kan eller skal finde anvendelse, er derfor udtømmende oplistet i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. §§ 16 og 17.

Lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, regulerer udelukkende den situation, hvor en ordregiver indgår en kontrakt uden for-

inden at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i EU-tidende. Kontrakten, som nu er indgået af indklagede, har ubestridt været offentliggjort i EU-tidende ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 74-121633. I overensstemmelse hermed omtaler bemærkningerne til forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, alene den situation, hvor en ordregivende myndighed indgår en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Hverken ud fra en direkte eller analog fortolkning af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, er der hjemmel til at erklære kontrakten indgået mellem indklagede og Nykøbing Dag- og Industrirenovation for uden virkning.

Indklagedes brev af 9. februar 2012 kan heller ikke anses for en ny tildelingsbeslutning. Det fremgår således tydeligt af brevet, at indklagede agtede at indgå kontrakten »i henhold til den oprindeligt truffe tildelingsbeslutning«. Der er altså ikke tale om, at indklagede har truffet en ny tildelingsbeslutning, men derimod at indklagede indgår kontrakten på baggrund af den oprindelige tildelingsbeslutning, hvorom indklagede har givet behørig underretning den 24. juni 2011, og hvor standstill-perioden for længst er udløbet.

Indklagedes fastholdelse af den oprindelige tildelingsbeslutning kan til trods for klagenævnets annulation af denne ikke anses som en ny tildelingsbeslutning, der medfører, at der på ny skal forløbe en standstill-periode vedrørende samme tildelingsbeslutning.

Selv hvis klagenævnet måtte følge klagerens anbringende om, at indklagedes brev må anses som en ny tildelingsbeslutning, som betyder, at der på ny skal afholdes standstill-periode, kan dette ikke føre til, at kontrakten erklæres for uden virkning. Det følger af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 16, at kontrakter indgået i standstill-perioden »kan« erklæres for uden virkning. Det følger af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 16, at kontrakter indgået i standstill-perioden »kan« erklæres for uden virkning. Det er alene i de tilfælde, hvor en ordregiver har overtrådt udbudsreglerne på en sådan måde, at det har påvirket klagerens mulighed for at få kontrakten tildelt, at kontrakten skal erklæres for uden virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 2. I det konkrete tilfælde har klagenævnet i kendelsen af 9. januar 2012 fastslået, at indklagede har anvendt en evalueringsmodel, som ikke sikrede den i udbudsbetingelserne foreskrevne vægtning af underkriteriet »Pris«. Klagenævnet har endvidere fastslået, at den anvendte evalueringsmodel ikke lovligt kunne danne grundlag for kontrakttildelingen. Indklagede har imidlertid ved notat

af 18. august 2011 dokumenteret, at den anvendte evalueringsmodel ikke har haft indflydelse på resultatet af den samlede evaluering af tilbuddene og dermed den trufne tildelingsbeslutning. Det følger heraf, at betingelsen for at erklære kontrakten for uden virkning i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 2, ikke er opfyldt, da den af indklagede begåede overtrædelse af udbudsreglerne ikke har påvirket klagerens mulighed for at få kontrakten tildelt. Sanktionen uden virkning vil også være uproportionel, idet indklagede alene har gjort sig skyldig i at anvende en forkert evalueringsmodel ved evaluering af tilbuddene i forhold til underkriteriet »Pris«, og evalueringsmodellen har været offentliggjort i udbudsbetingelserne og således har været tilbudsgiverne bekendt på tidspunktet for tilbudsafgivelse. Modellen har endvidere, som allerede anført, ikke haft indflydelse på resultatet af udbudsforretningen. Indklagede havde heller ikke mulighed for at forudse, at modellen af klagenævnet ville blive anset for ulovlig, da evalueringsmodellen tidligere er godkendt af klagenævnet som en lovlig model, og da modellen har været alment kendt og anvendt som en lovlig evalueringsmodel såvel i Danmark som den øvrige del af EU. Efter som den anvendte evalueringsmodel er offentliggjort i udbudsbetingelserne, udgør evalueringsmodellen en del af fortolkningen af tildelingskriterierne, og evalueringsmodellen vil derfor ikke lovligt kunne ændres under det offentliggjorte udbud, jf. blandt andet principperne i EF-Domstolens dom af 4. december 2003 i sag C-448/01 EVN.

Endelig gør indklagede gældende, at anvendelse af sanktionen uden virkning ikke vil være proportionel i en situation som den foreliggende, idet indklagede, såfremt klagenævnet anvender sanktionen uden virkning, de facto afskæres fra at få prøvet vurderingen af lovligheden af den trufne tildelingsbeslutning ved domstolene. Indbringelse af sagen for domstolene i medfør af grundlovens § 63 har således ikke opsættende virkning, Den heraf følgende nødvendige efterlevelse af en kendelse, hvorefter indklagedes kontrakt med Nykøbing Dag- og Industrirenovation erklæres for uden virkning, vil således nødvendiggøre en annulation af udbuddet og et efterfølgende genudbud af indsamlingen.

Nykøbing Dag- og Industrirenovation har anført, at evalueringsmodellen efter virksomhedens opfattelse er lovlig, og virksomheden vil derfor, hvis indklagede ikke indbringer kendelsen af 9. januar 2012 for domstolene, overveje selv at gøre det. Herudover har Nykøbing Dag- og Industrirenovation henvist til det, som indklagede har gjort gældende.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 4

Påstanden behandles ikke, da kontrakt er indgået.

Ad påstand 5

Af de af indklagede anførte grunde kan kontrakten ikke erklæres uden virkning i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1.

Indklagede kan imidlertid ikke indgå kontrakt på grundlag af den oprindelige tildelingsbeslutning af 24. juni 2011, idet denne beslutning er annulleret ved klagenævnets kendelse af 9. januar 2012.

Klagenævnet finder derfor, at den beslutning truffet af indklagede, der oplyses om i klagerens brev af 9. februar 2012, om at indgå kontrakt med Nykøbing Dag- og Industrirenovation må anses for en ny tildelingsbeslutning.

Indklagede sendte den 9. februar 2012 elektronisk meddelelse til klageren om denne beslutning, og var herefter i en periode på 10 dage forpligtet til at undlade at indgå kontrakt, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 3, stk. 1, nr. 1. Da klagen over tildelingsbeslutningen er indgivet til klagenævnet den 13. februar 2012 og dermed i standstill-perioden, var indklagede herefter forpligtet til at undlade at indgå kontrakt, indtil klagenævnet havde truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skulle tillægges opsættende virkning, jf. lovens § 12, stk. 2.

Det følger dermed af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 16, stk. 1, at den indgåede kontrakt kan erklæres uden virkning. Det følger endvidere af § 17, stk. 1, nr. 2, at klagenævnet skal erklære kontrakten uden virkning, hvis indklagede samtidig har overtrådt udbudsreglerne på en måde, der har påvirket klagerens mulighed for at få tildelt kontrakten.

Indklagede har genanvendt den evaluering, indklagede tidligere har foretaget, med hensyn til hvilken klagenævnet ved kendelsen af 9. januar 2012 fastslog:

»Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved under tilbudsevalueringen at anvende en pointmodel vedrørende pris, som ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Indklagedes beslutning af 24. juni 2011 om at indgå kontrakt med Nykøbing Dag- og Industrirenovation v/Bjørn Filtenborg annulleres.«

Klagenævnet havde i sin forudgående kendelse af 20. juli 2011 om opsættende virkning på samme måde angivet, at pointmodellen vedrørende pris ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Indklagede påberåbte sig herefter i relation til navnlig spørgsmålet om annulation på samme måde som nu det notat af 18. august 2011, som indklagede har ladet sin rådgiver udarbejde efter at have modtaget kendelsen om opsættende virkning. Klagenævnet tog som angivet annullationspåstanden til følge i kendelsen af 9. januar 2012 og fandt det således ikke ved notatet – eller i øvrigt – dokumenteret eller sandsynliggjort, at den begåede fejl var uden betydning for tilbudsevalueringen og den trufne tildelingsbeslutning.

Det forhold, at evalueringsmodellen vedrørende pris i andre sammenhænge – med eksempelvis en anden vægtning af underkriterierne til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud – har kunnet danne grundlag for lovlige tildelingsbeslutninger, fritager ikke indklagede for ansvaret for ved det konkrete udbud at anvende en bedømmelsesmetode, der sikrer en vægtning, der svarer til den i udbudsbetingelserne angivne, og betyder heller ikke, at indklagede ikke må tåle de konsekvenser, en overtrædelse af udbudsreglerne af en karakter som nærværende har. Det forhold, at tilbudsgiverne ikke har gjort indsigelse mod den i udbudsbetingelserne beskrevne pointmodel vedrørende pris – hvis konsekvenser i øvrigt heller ikke er umiddelbart gennemskuelige – fritager heller ikke indklagede for konsekvenserne af den begåede overtrædelse. Som følge heraf kunne en argumentation svarende til den nu fremførte fra indklagedes side ikke føre til, at påstanden om annulation ikke blev taget til følge i kendelsen af 9. januar 2012.

Da det efter kendelsen af 9. januar 2012 ikke kan lægges til grund, at den ulovlige evalueringsmodel ikke har påvirket klagerens mulighed for at få tildelt kontrakten, tages påstanden til følge som nedenfor bestemt.

Herefter bestemmes:

Kontrakten mellem indklagede, Skive Kommune, og Nykøbing Dag- og Industrirenovation v/Bjørn Filtenborg af 2012 erklæres i sin helhed for uden virkning. Det påbydes Skive Kommune at bringe kontrakten til ophør senest den 13. marts 2012.

Indklagede skal inden 14 dage betale 20.000 kr. i yderligere sagsomkostninger til klageren.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig