

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Kaj Kjærsgaard, Michael Jacobsen)

J.nr.: 04-111.497

23.september 2004

K E N D E L S E

Sammenslutningen af Glatførebekæmpende vognmænd
i Nordjyllands Amt ApS
(advokat Birte Rasmussen, Aalborg)

mod

Nordjyllands Amt
(advokat Poul Thorup, Aalborg)

Ved udbudsbekendtgørelse af 21. juli 2003 udbød Nordjyllands Amt som offentlig udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet) vintertjenesten med snerydning og glatførebekæmpelse på ca. 1.500 km kørebaner, herunder raste- og holdepladser, cykelstier mv. på såvel landeveje som statsveje i Nordjyllands Amt for perioden 2003 – 2006 med option på forlængelse i indtil 2 år. Tjenesteydelsen blev udbudt som delentrepriser for i alt 170 ruter.

Tilbudskriteriet er i udbudsbekendtgørelsen fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«. I udbudsbetingelserne er tildelingskriteriet angivet som »den laveste pris«.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 29. juli 2003, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 18. august 2003 havde 146 virksomheder, herunder Sammenslutningen af Glatførebekæmpende vognmænd i Nordjyllands Amt ApS, afgivet tilbud på en række af delentrepriserne. Primo og medio september 2003 besluttede indklagede at indgå kontrakt med en række virksomheder, og kontrakter blev herefter indgået i perioden frem til november 2003.

Den 30. marts 2004 indgav klageren, Sammenslutningen af Glatførebekæmpende vognmænd i Nordjyllands Amt ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Nordjyllands Amt. Klagen har været behandlet på et møde den 20. august 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at klageren ikke ved samtlige de 74 delentrepriser, som klageren afgav tilbud på, var lavestbydende, og det i klagerens tilbud var anført, at tilbudet alene er bindende for klageren, hvis klageren tildeles samtlige de entrepriser, som tilbudet omfatter, uanset at det i udbudsbetingelserne er fastsat: »Der kan afgives tilbud på en enkelt eller flere entrepriser efter tilbudsgivers valg« og om »Alternative tilbud« er fastsat: »Ordregiver accepterer ikke alternative tilbud, men som anført under pkt. (...) kan der afgives tilbud på en enkelt entreprise og kombinationer heraf efter tilbudsgivers valg«.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved alene at have vurderet tilbudene ud fra den laveste pris på hver enkelt delentreprise, uanset at det i udbudsbetingelserne var fastsat: »Der kan afgives tilbud på en enkelt eller flere entrepriser efter tilbudsgivers valg« og »Ordregiver accepterer ikke alternative tilbud, men som anført under pkt. (...) kan der afgives tilbud på en enkelt entreprise og kombinationer heraf efter tilbudsgivers valg« .

Påstand 3 :

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelserne at have fastsat: »Ordregiver forbeholder sig ret til at indgå aftale på grundlag af kombinationer af de udbudte entrepriser, som ordregiver finder mest hensigtsmæssige for ordregiveren«, uanset at tildelingskriteriet var fastsat som »den laveste pris«.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at beslutte at indgå kontrakt med klageren for så vidt angår de 74 delentrepriser, som indklagede havde afgivet tilbud på, og for hvilke klageren samlet set var lavestbydende, uanset at tildelingskriteriet var fastsat til »den laveste pris«.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved for så vidt angår 4 delentrepriserne at have besluttet at indgå kontrakt med tilbudsgiveren Holm og Kjeldsen Transport, som ved afgivelsen af tilbud ikke var i besiddelse af gyldig kørselstilladelse, uanset at der i udbudsbetingelserne var fastsat : »For at kunne få overdraget en entreprise skal entreprenøren i forbindelse med tilbudsafgivelsen dokumentere sin ret til at udføre erhvervet«.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved for så vidt angår de 74 delentrepriser, som indklagede havde afgivet tilbud på, at have besluttet at indgå kontrakt med i alt 51 andre tilbudsgivere, uanset at disse ved afgivelsen af tilbud ikke til hvert køretøj rådede over mindst 2 veluddannede chauffører, som det er krævet i udbudsbetingelserne, og uanset at det i udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbudsgiverne skulle fremlægge »Dokumentation for personalets uddannelse og erfaring«.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutninger af primo og medio september 2003 om at indgå kontrakt med i alt 51 andre tilbudsgivere for så vidt angår de 74 delentrepriser, som indklagede havde afgivet tilbud på.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 7 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 8

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i udbudsbetingelserne at have anført, at tildelingskriteriet var »den laveste pris«, uanset at tildelingskriteriet i udbudsbekendtgørelsen var fastsat som »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Spørgsmål 9

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i udbudsbetingelserne i afsnittet »Vintertjeneste Drift Betingelser« i pkt. 2.2 »Tildeling« at have fastsat følgende: »Ordregiver forbeholder sig derudover ret til at annullere udbuddet helt eller delvist og foretage nyt udbud af hele eller dele af udbuddet«.

Spørgsmål 10

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, ved ikke hurtigst muligt for samtlige delentrepriser at underrette samtlige tilbudsgivere om, hvilke beslutninger om indgåelse af kontrakt indklagede havde truffet.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen af 21. juli 2004 var bl.a. fastsat følgende:

»DEL III: RETIGE, ØKONOMISKE, FINANSIELLE OG TEKNISKE OPLYSNINGER

.....

III.2) Betingelser for deltagelse

III 2.1) Oplysninger om leverandørens/entreprenørens/tjenesteyderens egne forhold og de nødvendige oplysninger og formaliteter til vurdering af den krævede minimumskapacitet af økonomisk, finansiel og teknisk art:

Tjenesteyderens personale skal beherske det danske sprog i skrift og tale, idet der til arbejdets udførelse knytter sig løbende kommunikation med de ledende og tilsynsførende medarbejdere fra Nordjyllands Amt. Entreprenøren skal kunne dokumentere de til opgavens gennemførelse nødvendige økonomiske, tekniske og kvalitetsmæssige ressourcer.

.....

DEL IV: PROCEDURER

IV.1) Type procedure: Offentligt udbud.

IV.2) Tildelingskriterier: Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af:

De i udbudsmaterialet anførte kriterier«.

I udbudsbetingelserne fra juli 2003 er i afsnittet »Vintertjeneste Drift Betingelser« bl.a. fastsat følgende:

»1. orientering

.....

Dette udbud omfatter i alt 170 entrepriser, fordelt således:

33 ruter/entrepriser til glatførebekæmpelse og snerydning på kørebaner med lastbil,

100 entrepriser til snerydning på kørebaner med lastbil,

7 entrepriser til snerydning med traktorer på kørebaner (rundkørsler, rastepladser på motorveje mv.),

30 entrepriser til snerydning og læsning med specialmaskiner.

Hver rute/entreprise køres af én lastbil og udgør en entreprise.

.....

2. Bestemmelser om udbud og tilbud

.....

Der kan afgives tilbud på en enkelt eller flere entrepriser efter tilbudsgivers valg. Ved afgivelse af tilbud skal der udfyldes en tilbudsliste (B, C, D eller F), og et oplysningsskema for hver enkelt entreprise.

Såfremt entreprenøren afgiver tilbud på flere entrepriser end han ønsker overdraget, skal han på tilbudslisten anføre det maksimale antal entrepriser, han ønsker overdraget.

2.1 Udvalgelse

.....

For at kunne få overdraget en entreprise skal entreprenøren i forbindelse med tilbudsafgivelsen dokumentere sin ret til at udføre erhvervet, sin økonomiske og finansielle formåen samt sin tekniske formåen ved at fremlægge:

- Erklæring om omfang af ubetalt, forfalden gæld til det offentlige.
- Dokumentation for materiellets egnethed til den tilbudte opgave (ved udfyldt oplysningsbilag for hvert materiel (TBL))
- Dokumentation for personalets uddannelse og erfaring (ved udfyldt oplysningsbilag for hvert materiel)

.....

2.2 Tildeling

Kriteriet for valg af tilbud vil være den laveste pris.

Ordregiver forbeholder sig ret til at indgå aftale på grundlag af de kombinationer af de udbudte entrepriser som ordregiver finder mest hensigtsmæssige for ordregiveren.

Ordregiver forbeholder sig derudover ret til at annullere udbuddet helt eller delvist og foretage nyt udbud af hele eller dele af udbuddet.

2.3 Alternative tilbud

Ordregiveren accepterer ikke alternative tilbud, men som anført under pkt. 2 kan der afgives tilbud på en enkelt entreprise og kombinationer heraf efter tilbudsgivers valg«.

I udbudsbetingelserne er i afsnittet »Vintertjeneste Drift Vilkår Lastbil, traktor og specialmaskiner« bl.a. fastsat følgende:

»3.5 Personale

Entreprenøren skal til hvert køretøj råde over mindst 2 veluddannede chauffører.

Entreprenørens chauffører skal være uddannede til og fortrolige med udførelsen af de aftalte arbejdsopgaver. Alle chauffører skal have gennemgået AMU-kurset »Grunduddannelse i vintertjeneste på veje, stier og fortove«.

Chauffører til glatførebekæmpelse og kombikørsel med lastbil skal yderligere have gennemgået AMU-kurset »Fugtsaltspredning med lastbil« eller »Lagespredning med lastbil« inden beredskabsperiodens start.

Chauffører til snerydning samt kombikørsel med lastbil skal have gennemgået AMU-kurset »Snerydning med lastbil med plov« inden beredskabsperiodens start.

Chauffører til snerydning og glatførebekæmpelse med traktor skal have gennemgået følgende AMU-kursus:

- Snerydning med traktor med kost/plov.

Ordregiveren vil sikre, at de fornødne kurser bliver afholdt. Hvert kursus har en varighed af én dag. Entreprenøren skal ved afgivelse af tilbud angive, hvilke kurser der er behov for. Kurserne er gratis.

Chauffører, der har været fast chauffør på en snerydningsrute hhv. saltningsrute de seneste 2 år kan undtages fra uddannelseskravet for den relevante arbejdsopgave, såfremt de over for ordregiver kan dokumentere en tilsvarende viden og kunnen«.

Klageren afgav den 15. august 2003 tilbud på 74 af de udbudte delentrepriser. I tilbudet er bl.a. anført:

»Den tilbudte pris på entrepriserne er alene bindende for Sammenslutningen af glatførebekæmpende vognmænd i Nordjyllands Amt ApS såfremt Sammenslutningen af glatførebekæmpende vognmænd i Nordjyllands Amt ApS tildeles samtlige de entrepriser/ruter, som tilbuddet omfatter«.

Tilbudene blev åbnet den 18. august 2003, og i alt 146 entreprenører havde afgivet tilbud. På nogle af de 170 delentrepriser blev der ikke afgivet tilbud, mens klageren på andre delentrepriser var eneste tilbudsgiver. For alle disse entrepriser har indklagede efter forhandling indgået kontrakt med virksomheder, der ikke under udbudet havde afgivet tilbud på de pågældende entrepriser. Den samlede entreprisesum for alle 170 delentrepriser er herefter 18.398.540 kr. Den samlede entreprisesum for de delentrepriser, hvor der er indgået kontrakt på grundlag af afgivne tilbud under udbudet, er 14.441.540 kr.

Den samlede entreprisesum for de delentrepriser, som klageren havde afgivet tilbud på, og hvor der blev indgået kontrakt på baggrund af udbudet, var på 10.014.590 kr. Entreprisesummen i klagerens tilbud for disse delentrepriser var 10.602.000 kr. Den samlede entreprisesum på de delentrepriser, som klageren havde afgivet bud på, og hvor der blev indgået kontrakt enten på baggrund af udbudet eller på baggrund af en efterfølgende forhandling med virksomheder, der ikke havde afgivet tilbud på de pågældende entrepriser, var på 12.783.590 kr. Den samlede entreprisesum i klagerens tilbud for disse delentrepriser var 13.242.000 kr.

Indklagede har under sagen oplyst, at indklagede ikke i alle tilfælde udsendte en skrivelse med underretning om, hvilke beslutninger om indgåelse af kontrakt, som indklagede havde truffet, til de tilbudsgivere, som der ikke blev indgået kontrakt med. Indklagedes repræsentanter skønnede, at samtlige tilbudsgivere, med hvem det blev besluttet at indgå kontrakt, i forbindel-

se med kontraheringen blev orienteret om, hvilke øvrige tilbud der ikke blev accepteret. 9 tilbudsgivere blev imidlertid ikke orienteret i forbindelse med kontraheringen. Hovedparten af disse 9 tilbudsgivere blev orienteret telefonisk.

I en skrivelse af 19. november 2003 fra indklagede til klageren hedder det bl.a.:

»Det kan oplyses, at Amtet ved tildelingen af de enkelte entrepriser har valgt de lavestbydende på hver enkelt entreprise. I de tilfælde, hvor en bydende har budt på flere entrepriser end han ønskede kontrakt på, vil et bud skulle udgå, og hvis dette var lavest, er anden-laveste bud valgt«.

Indklagedes skrivelse af 19. november 2003 var vedlagt en skrivelse af 2. september 2003 fra indklagedes advokat, hvori bl.a. er anført følgende:

»Jeg har modtaget en kopi af tilbudet fra Sammenslutningen af glat-førebekæmpende vognmænd i Nordjyllands Amt ApS, hvorefter fremgår, at den tilbudte pris på entrepriserne alene er bindende, såfremt sammenslutningen tildeles samtlige de entrepriser, som tilbuddet omfatter.

Det skal præciseres, at udbuddet over vintertjenester omfatter 170 enkeltentrepriser, og at tildelingskriteriet er laveste pris.

Det er blevet mig oplyst, at de af Sammenslutningen tilbudte priser ikke på alle entrepriserne er lavest, hvorfor amtet på disse entrepriser må vælge en anden entreprenør end Sammenslutningen.

Den af sammenslutningen stillede betingelse medfører således at Sammenslutningen ikke har afgivet bud på entrepriserne, og konsekvensen heraf må derfor være, at udbyderen ikke kan tage Sammenslutningens tilbud i betragtning.

Amtet må derfor vælge mellem de øvrige bydende og tildele kontrakterne til de lavestbydende på hver enkelt entreprise«.

I en skrivelse af 9. februar 2004 fra indklagede til klageren hedder det:

»Straks vejkontoret blev opmærksomme på at vognmanden ikke havde tilladelse til, godskørsel for fremmed regning, på de køretøjer der anvendes til saltpredning kontaktede Vejdirektoratet vognmanden.

Vognmanden fortalte at han havde søgt tilladelse og at tilladelserne hurtigst muligt ville blive bragt i orden. Vejdirektoratet accepterede at vente lidt på tilladelserne, da vi ikke vurderede at det var hensigtsmæssigt at skifte saltspreder vognmand midt i en streng vinter uge som uge 5.

Vognmanden meddelte i uge 6 at alle tilladelser er i orden med ID nr. 54551«.

Driftsingeniør Erik Topp, Nordjyllands Amt, har forklaret, at bestemmelsen om, at tilbudsgiverne på tilbudslisten skulle anføre det maksimale antal delentrepriser, man ønskede overdraget, såfremt der blev afgivet tilbud på flere delentrepriser, end der ønskedes overdraget, blev indsat for at lette indklagedes arbejde ved udvælgelsen. Såfremt en tilbudsgiver var lavestbydende på flere delentrepriser, end der ønskedes overdraget, er den pågældende tilbudsgiver blevet valgt fra på den delentreprise, hvor forskellen op til næstlavestbydende var mindst. Indklagede havde ikke gjort sig overvejelser om at præcisere dette i udbudsbetingelserne. Med dette udgangspunkt gennemregnede indklagede en række forskellige kombinationer af tilbud med henblik på at opnå den lavest mulige samlede pris, men det kan ikke med sikkerhed siges, om samtlige tænkelige kombinationer har været overvejet. Bestemmelsen i udbudsbetingelserne om, at der foruden tilbud på en enkelt entreprise kunne afgives tilbud på kombinationer heraf efter tilbudsgivers valg, blev indsat for at give tilbudsgiverne mulighed for at fremkomme med en samlet pris ved overdragelse af flere delentrepriser under ét.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede i udbudsbetingelsernes afsnit »Vintertjeneste Drift Betingelser« i pkt. 2 og pkt. 2.3 har åbnet mulighed for, at tilbudsgiverne kunne afgive tilbud på udførelse af en eller flere entrepriser efter tilbudsgivernes valg, herunder en kombination heraf. Indklagede har endvidere i pkt. 2 anført, at tilbudsgiveren på tilbudslisten skal anføre det maksimale antal entrepriser, han ønsker overdraget, såfremt han afgiver tilbud på flere entrepriser, end han ønsker overdraget. Det var derfor uberettiget, at indklagede – som det er anført i skrivelsen af 2. september 2003 fra indklagedes advokat - afviste at tage klagerens tilbud på udførelse

af 74 af de udbudte delentrepriser i betragtning med den begrundelse, at klageren i tilbudet havde anført, at tilbudet alene var bindende for klageren, såfremt klageren tildeles samtlige de entrepriser/ruter, som tilbudet omfatter.

Indklagede har gjort gældende, at tildelingskriteriet i udbudsbetingelsernes pkt. 2.2 var fastsat til »den laveste pris«, og at indklagede derfor for hver delentreprise havde pligt til at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, der var lavestbydende, at indklagede tog klagerens tilbud i betragtning, men ved evalueringen af tilbud konstaterede, at indklagede ikke var lavestbydende på samtlige de 74 delentrepriser, som klagerens tilbud omfattede, at klageren i sit tilbud har anført, at tilbudet alene er bindende for klageren, såfremt klageren tildeles samtlige de entrepriser/ruter, som tilbudet omfatter, og at indklagede derfor var forpligtet til ikke at beslutte at indgå kontrakt på baggrund af klagerens tilbud.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at tildelingskriteriet i udbudsbetingelsernes pkt. 2.2 var fastsat til »den laveste pris«. Indklagede har i skrivelsen af 19. november 2003 oplyst, at indklagede alene har vurderet tilbudene ud fra, hvilken tilbudsgiver der var lavestbydende på den enkelte entreprise, og derefter besluttet at indgå kontrakt med denne tilbudsgiver. Indklagede har imidlertid i udbudsbetingelsernes afsnit »Vintertjeneste Drift Betingelser« i pkt. 2 og pkt. 2.3 åbnet mulighed for, at tilbudsgiverne kunne afgive tilbud på udførelse af en eller flere entrepriser efter tilbudsgivernes valg, herunder en kombination heraf. Indklagede har endvidere i pkt. 2 anført, at såfremt en tilbudsgiver afgiver tilbud på flere entrepriser, end han ønsker overdraget, skal han på tilbudslisten anføre det maksimale antal entrepriser, han ønsker overdraget. Ved ikke at have vurderet, om tilbudsgivere, der ikke umiddelbart var lavestbydende på de enkelte entrepriser, eventuelt ved overdragelse af flere af entrepriserne i en kombination havde afgivet tilbud med en lavere tilbudssum end den samlede tilbudssum i tilbudene fra lavestbydende for hver enkelt delentreprise, har indklagede handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede med det anførte i udbudsbetingelsernes afsnit »Vintertjeneste Drift Betingelser« i pkt. 2 og

pkt. 2.3 har åbnet mulighed for, at tilbudsgiverne kunne afgive tilbud på udførelse af en eller flere entrepriser efter tilbudsgivernes valg, herunder en kombination heraf med en samlet pris for flere delentrepriser. Den tilbudsgiver, som afgav tilbud på flere entrepriser, end han ønskede overdraget, skulle på tilbudslisten anføre det maksimale antal entrepriser, han ønskede overdraget. Dette har i den konkrete situation været en hensigtsmæssig fremgangsmåde med henblik på at optimere konkurrencen for så vidt angår de enkelte delentrepriser, og indklagede har af denne grund ikke handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at tildelingskriteriet i udbudsbetingelsernes pkt. 2.2 var fastsat til »den laveste pris«, men at indklagede imidlertid i udbudsbetingelsernes pkt. 2.2 tillige havde forbeholdt sig ret til at indgå kontrakter på baggrund af kombinationer af de udbudte entrepriser, som ordregiveren finder mest hensigtsmæssig. Der er derfor væsentlig tvivl om, hvorvidt og i givet fald hvordan det fastsatte tildelingskriterium skulle anvendes, herunder hvordan beslutningen om kontrahering ville blive truffet, såfremt en tilbudsgiver var lavestbydende på flere entrepriser, end der ønskedes overdraget. Indklagede har endvidere under sagen oplyst, at det ikke kan garanteres, at alle mulige kombinationer er blevet overvejet. Indklagede har derfor handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at udbudsbetingelsernes bestemmelse om, at indklagede forbeholder sig ret til at indgå kontrakter på baggrund af kombinationer af de udbudte entrepriser, som ordregiveren finder mest hensigtsmæssig - under hensyntagen til, at der udbydes et meget stort antal delentrepriser - alene giver indklagede mulighed for under overholdelse af tildelingskriteriet »den laveste pris« at udvælge den mest hensigtsmæssige kombination af tilbud i de tilfælde, hvor tilbudsgiveren afgiver tilbud på flere entrepriser, end han ønsker overdraget. Indklagede har ikke pligt til at antage bestemte kombinationer af tilbud, og indklagede har ved vurderingen af, hvilke delentrepriser en tilbudsgiver i denne situation skulle tildeles, alene lagt vægt på samlet set at opnå den laveste pris. Som følge af det store antal delentrepriser og under hensyn til, at indklagede ved at udvælge bestemte kombinationer af tilbud kunne opnå besparelser ved kontra-

heringen, har indklagede ikke ved denne fremgangsmåde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at tildelingskriteriet i udbudsbetingelsernes pkt. 2.2 var fastsat til »den laveste pris«, at klageren samlet set var lavestbydende for så vidt angår de 74 delentrepriser, som klagerens tilbud omfattede og at indklagede derfor har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at beslutte at indgå kontrakt med klageren vedrørende disse delentrepriser.

Indklagede har gjort gældende, at klageren i sit tilbud har anført, at tilbudet alene er bindende for klageren, såfremt klageren tildeles samtlige de entrepriser/ruter, som tilbudet omfatter, at klageren ikke var lavestbydende på alle de delentrepriser, som klagerens tilbud omfattede, at indklagede således ikke var forpligtiget til at indgå kontrakt med klageren, og at det derfor var berettiget, at indklagede i overensstemmelse med det fastsatte tildelingskriterium indgik kontrakt med de tilbudsgivere, der var lavestbydende for hver enkelt delentreprise.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at det udbudsbetingelserne i afsnittet »Vinter-tjeneste Drift Betingelser« i pkt. 2.1 »Udvælgelse« var fastsat, at en tilbudsgiver for at kunne få overdraget en entreprise i forbindelse med tilbudsafgivelsen skulle dokumentere sin ret til at udføre erhvervet, at indklagede derved har en skærpet kontrolpligt i den henseende, at Holm og Kjeldsen Transport ikke ved tilbudsafgivelsen havde dokumenteret sin ret til at udføre erhvervet ved fremlæggelse af gyldig kørselstilladelse, at Holm og Kjeldsen Transport efterfølgende viste sig ikke at have ret til at udføre hvervet, at denne tilbudsgivers tilbud derfor var ukonditionsmæssigt, at indklagede imidlertid for så vidt angår 4 delentrepriser besluttede at indgå kontrakt med Holm og Kjeldsen Transport, og at indklagede derved har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at en tilbudsgiver i henhold til udbudsbetingelserne for at kunne få overdraget en entreprise i forbindelse med tilbudsafgivelsen alene skulle dokumentere sin ret til at udføre erhvervet, sin økonomiske og finansielle formåen samt sin tekniske formåen ved fremlæggelse af nogle konkret angivne erklæringer mv., at udbudsbetingelserne således ikke indeholder krav om, at tilbudsgiverne i forbindelsen med afgivelse af tilbud herudover skulle dokumentere, at de var i besiddelse af gyldig kørselstilladelse, og at indklagede derfor ikke har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at have besluttet at indgå kontrakt med Holm og Kjeldsen Transport, uanset at denne tilbudsgiver ikke ved tilbudsafgivelsen havde dokumenteret sin ret til at udføre erhvervet ved fremlæggelse af gyldig kørselstilladelse.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at i udbudsbetingelserne i afsnittet »Vintertjeneste Drift Vilkår Lastbil, traktor og specialmaskiner« i pkt. 3.5 »Personale« var bestemt, at tilbudsgiverne skulle råde over mindst 2 veluddannede chauffører, at det i pkt. 3.5 »Personale« er nærmere præciseret, hvori denne uddannelse som minimum skal bestå, at det i udbudsbetingelserne i afsnittet »Vintertjeneste Drift Betingelser« i pkt. 2.1 »Udvælgelse« var fastsat, at tilbudsgiverne ved tilbuden af afgivelse skulle fremlægge »Dokumentation for personalets uddannelse og erfaring«, at en række tilbudsgivere ikke ved afgivelsen af tilbuden til hvert køretøj rådede over mindst 2 veluddannede chauffører og således heller ikke havde fremlagt dokumentation herfor, at disse tilbudsgiveres tilbud derfor var ukonditionsmæssige, at indklagede imidlertid besluttede at indgå kontrakt med en række af disse tilbudsgivere, og at indklagede derved har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at det af udbudsbetingelserne fremgår, at tilbudsgivernes chauffører som udgangspunkt skal have gennemgået nogle konkret angivne AMU-kurser, at det samtidig i udbudsbetingelserne er anført, at chauffører, der har været fast chauffør på en snerydningsrute henholdsvis saltningsrute de seneste 2 år, kan undtages fra uddannelseskravet for den relevante arbejdsopgave, såfremt de over for ordregiver kan dokumentere en tilsvarende viden og kunnen, at det endvidere ikke i udbudsbetingelserne var noget krav, at alle chauffører ved

tilbudsafgivelsen eller ved indgåelsen af kontrakt skulle have gennemgået alle de fornødne kurser, idet det i udbudsbetingelserne er bestemt, at indklagede vil sikre, at de fornødne kurser bliver afholdt, at tilbudsgiverne netop på tilbudslisterne blev afkrævet oplysninger om personalets uddannelse og erfaring med henblik på, at indklagede kunne foretage den nødvendige planlægning og koordinering af disse kurser, og at indklagede derfor ikke har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved have besluttet at indgå kontrakt med de tilbudsgivere, der ikke allerede ved afgivelsen af tilbudene til hvert køretøj rådede over mindst 2 veluddannede chauffører.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagedes manglende overholdelse af Tjenesteydelsesdirektivet og de EU-udbudsretlige principper skal føre til, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutninger af primo og medio september 2003 om at indgå kontrakt med 51 andre tilbudsgivere vedrørende de 74 delentrepriser, som indklagede havde afgivet tilbud på..

Indklagede har gjort gældende, at såfremt Klagenævnet måtte give klageren medhold i en eller flere påstande, skal indklagedes beslutninger af primo og medio september 2003 om at indgå kontrakt med 51 andre tilbudsgivere vedrørende de 74 delentrepriser, som indklagede havde afgivet tilbud på, ikke annulleres, fordi klageren først indbragte sagen for Klagenævnet 7 ½ måned efter åbningen af tilbudene og efter, at den første beredskabsperiode, som er omfattet af udbudet, var overstået.

Ad spørgsmål 8

Indklagede har erkendt at have handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i udbudsbekendtgørelsen at have anført, at tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige bud«, idet tildelingskriteriet – som anført i udbudsbetingelserne – skulle være »den laveste pris«. Fejlen, som skyldes, at indklagede havde genanvendt dele af en tidligere udbudsbekendtgørelse uden at være opmærksom på, at tildelingskriteriet skulle ændres, har imidlertid ikke skabt uklarhed, idet ingen tilbudsgiver har været i tvivl om, at tildelingskriteriet under udbudet var »den laveste pris«. Dette gælder også klageren, som først på Kla-

genævnets foranledning blev opmærksom på, at det anvendte tildelingskriterium ikke var det, som var angivet i udbudsbekendtgørelsen.

Ad spørgsmål 9

Indklagede har gjort gældende, at det konkret - under hensyn til det meget store antal delentrepriser, som udbudet vedrørte - ikke var i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, at indklagede i udbudsbetingelserne i afsnittet »Vintertjeneste Drift Betingelser« i pkt. 2.2 »Tildeling« havde fastsat følgende: »Ordregiver forbeholder sig derudover ret til at annullere udbudet helt eller delvist og foretage nyt udbud af hele eller dele af udbuddet«.

Ad spørgsmål 10

Indklagede har erkendt at have handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet som beskrevet i spørgsmål 10.

Klagenævnet udtaler:

Ad spørgsmål 8

Som erkendt af indklagede har indklagede handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i udbudsbetingelserne at have anført, at tildelingskriteriet var »den laveste pris«, uanset at tildelingskriteriet i udbudsbekendtgørelsen var fastsat som »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 stk. 1, har en udbyder således pligt til at fastsætte tildelingskriteriet som enten »det økonomisk mest fordelagtige bud« eller »den laveste pris«, og en udbyder kan ikke under et udbud ændre tildelingskriteriet.

Da indklagede havde til hensigt at gennemføre udbudet efter tildelingskriteriet »den laveste pris«, havde indklagede i sagens natur ikke fastsat underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Det havde således ikke været muligt for indklagede at gennemføre udbudet under anvendelse af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Indklagede var under disse omstændigheder forpligtet til at gennemføre udbudet ved anvendelse af tildelingskriteriet »den laveste pris«.

Ad påstand 1

Ved anvendelse af tildelingskriteriet »den laveste pris« skal udbyderen beslutte at indgå kontrakter med den tilbudsgiver, der for hver enkelt delentreprise har afgivet det laveste tilbud, medmindre udbudet annulleres. Klageren havde i sit tilbud anført, at tilbudet alene er bindende for klageren, såfremt klageren tildeles samtlige de entrepriser/ruter, som tilbudet omfatter. Klageren var ikke lavestbydende for hver enkelt af de 74 delentrepriser, som klagerens tilbud omfattede.

Klagenævnet finder på denne baggrund ikke grundlag for at antage, at indklagede – uanset det anførte i indklagedes advokats skrivelse af 19. november 2003 – ikke har taget klagerens tilbud i betragtning. Det lægges således til grund, at indklagede har taget tilbudet i betragtning, men har konstateret, at klageren ikke var lavestbydende for alle de delentrepriser, som klageren havde afgivet tilbud på, hvorefter indklagede som følge af det anførte i klagerens tilbud har besluttet ikke at indgå kontrakt med klageren. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Klagenævnet finder, at indklagede ikke har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelserne i afsnittet »Vintertjeneste Drift Betingelser« i pkt. 2 »Bestemmelser om udbud og tilbud« at have fastsat: »Der kan afgives tilbud på en enkelt eller flere entrepriser efter tilbudsgivers valg« og i pkt. 2.3 »Alternative tilbud« at have fastsat: »Ordregiver accepterer ikke alternative tilbud, men som anført under pkt. 2 kan der afgives tilbud på en enkelt entreprise og kombinationer heraf efter tilbudsgivers valg«, idet indklagede herved ikke har tilkendegivet andet, end at tilbudsgiverne har mulighed for at afgive tilbud på flere delentrepriser kombineret efter tilbudsgivernes eget valg. Indklagede vil fortsat i overensstemmelse med tildelingskriteriet »den laveste pris« være forpligtet til at indgå kontrakter med den tilbudsgiver, der for hver enkelt delentreprise har afgivet det laveste tilbud. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Ved anvendelse af tildelingskriteriet »den laveste pris« er det – som anført ad påstand 1 og 2 - ikke muligt for udbyderen at indgå kontrakter på baggrund af kombinationer af tilbudene for de udbudte delentrepriser fra én tilbudsgiver, hvor denne tilbudsgiver ikke er lavestbydende for alle disse delentrepriser. Modsat ville det ved anvendelse af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« være muligt – og efter omstændighederne en hensigtsmæssig fremgangsmåde med henblik på at optimere konkurrencen – at opdele den udbudte tjenesteydelse i delentrepriser og give tilbudsgiverne mulighed for efter eget valg at afgive tilbud på en enkelt delentreprise, på kombinationer af delentrepriser eller på alle delentrepriserne, hvorefter udbyderen kunne træffe den økonomisk mest fordelagtige beslutning om kontrahering på grundlag af de opstillede underkriterier.

Da tildelingskriteriet i denne sag er »den laveste pris«, havde indklagede pligt til for hver delentreprise at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, der havde afgivet det laveste konditionsræssige tilbud på den pågældende delentreprise.

Ved i udbudsbetingelserne at fastsætte: »Såfremt entreprenører afgiver tilbud på flere entrepriser, end han ønsker overdraget, skal han på tilbudslisten anføre det maksimale antal entrepriser, han ønsker overdraget« har indklagede skabt betydelighed uklarhed om, hvordan beslutningen om at indgå kontrakt ville blive truffet, hvor en tilbudsgiver er lavestbydende for flere entrepriser, end der ønskes overdraget. Hertil kommer, at indklagede i udbudsbetingelserne har fastsat: »Ordregiver forbeholder sig ret til at indgå aftale på grundlag af kombinationer af de udbudte entrepriser, som ordregiver finder mest hensigtsræssige for ordregiveren«. Det har således ikke været muligt for tilbudsgiverne på baggrund af udbudsbetingelserne at konstatere, hvorledes beslutningen om at indgå kontrakt skulle træffes, ligesom det ikke umiddelbart ved åbningen af tilbudene var muligt for tilbudsgiverne at konstatere, hvilke tilbudsgivere indklagede ville beslutte at indgå kontrakt med for hver enkelt entreprise, uanset at tildelingskriteriet var »den laveste pris«. Indklagede har således handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, og påstanden tages til følge.

Ad påstand 4

Da klagerens tilbud for så vidt angår de 74 delentrepriser, som klagerens tilbud omfatter, ikke var lavest for hver enkelt af disse delentrepriser, finder Klagenævnet, at indklagede ikke har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at beslutte at indgå kontrakt med klageren, idet klageren i sit tilbud har anført, at tilbudet alene er bindende for klageren, såfremt klageren tildeles samtlige de entrepriser/ruter, som tilbudet omfatter.

Ad påstand 5

En udbyder har ikke pligt til at sikre, at de tilbudsgivere, der har afgivet tilbud, som umiddelbart fremstår konditionsmæssige, tillige har de bagvedliggende autorisationer og godkendelser, som er nødvendige for at udføre den udbudte tjenesteydelse. Det påhviler andre myndigheder. Udbyderen kan som udgangspunkt lægge til grund, at det er tilfældet. Indklagede i dette udbud havde endvidere ikke i udbudsbetingelserne fastsat specielle krav om, at tilbudsgiverne ved afgivelse af tilbud skulle dokumentere, at de var i besiddelse af gyldig kørselstilladelse. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at have besluttet at indgå kontrakt med Holm og Kjeldsen Transport om 4 entrepriser, uanset at denne tilbudsgiver ikke havde en gyldig kørselstilladelse. Påstanden tages således ikke til følge.

Ad påstand 6

Det er Klagenævnets opfattelse, at udbudsbetingelsernes afsnit »Vintertjeneste Drift Vilkår Lastbil, traktor og specialmaskiner«, pkt. 3.5 »Personale« må forstås således, at chaufførerne hos de tilbudsgivere, som indklagede ville beslutte at indgå kontrakt med, skulle have gennemgået visse kurser, før de kunne gå i gang med at udføre den udbudte tjenesteydelse. Det anføres således udtrykkeligt, at indklagede »vil sikre, at de fornødne kurser bliver afholdt«, og at entreprenøren ved afgivelse af tilbud skulle »angive, hvilke kurser der er behov for«. I udbudsbetingelsernes afsnit »Vintertjeneste Drift Betingelser«, pkt. 2.1 »Udvælgelse« er alene bestemt, at tilbudsgiverne ved et udfyldt oplysningsbilag skulle vedlægge dokumentation for bl.a. personalets uddannelse og erfaring. Disse oplysninger blev efter det oplyste netop krævet med henblik på, at indklagede umiddelbart efter mod-

tagelsen af tilbudene kunne planlægge og koordinere de nødvendige kurser. Indklagede har således ikke handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved for så vidt angår en række delentrepriserne at have besluttet at indgå kontrakt med tilbudsgivere, som ikke allerede ved afgivelsen af tilbud til hvert køretøj rådede over mindst 2 chauffører, som opfyldte de krav til uddannelse og erfaring, som er beskrevet i udbudsbetingelsernes afsnit »Vintertjeneste Drift Vilkår Lastbil, traktor og specialmaskiner«, pkt. 3.5 »Personale«. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad spørgsmål 9

Tjenesteydelsesdirektivet indeholder ingen generel regel om, at en offentlig udbyder er forpligtet til at indgå aftale i forbindelse med et udbud, og det fremgår forudsætningsvis af artikel 12, stk. 2, at en offentlig udbyder, som ikke ønsker at indgå aftale, skal træffe beslutning om at annullere udbudet. Dette kan en udbyder gøre, uanset der ikke er anført noget herom i udbudsbetingelserne. Adgangen til at annullere et udbud er imidlertid ikke fri, og det må antages, at en offentlig udbyder, som uden saglig begrundelse annullerer et udbud, handler i strid med EU-udbudsreglerne. Det er således også i artikel 12, stk. 2, bestemt, at den offentlige udbyder efter anmodning skal meddele en tilbudsgiver begrundelsen for sin beslutning om at annullere et udbud. Indklagede har derfor handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i udbudsbetingelserne at anføre følgende: »Ordregiver forbeholder sig derudover ret til at annullere udbuddet helt eller delvist og foretage nyt udbud af hele eller dele af udbuddet«.

Ad spørgsmål 10

Som erkendt af indklagede har indklagede handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, ved ikke hurtigst muligt for samtlige delentrepriser at underrette samtlige tilbudsgivere om, hvilke beslutninger om indgåelse af kontrakt indklagede havde truffet.

Ad påstand 7

Allerede fordi klageren først indbragte sagen for Klagenævnet 7 1/2 måned efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud, hvor klageren blev bekendt

med tilbudspriserne, finder Klagenævnet ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutninger om at indgå kontrakt med 51 andre tilbudsgivere.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i udbudsbetingelserne at have anført, at tildelingskriteriet var »den laveste pris«, uanset at indklagede i udbudsbekendtgørelsen havde fastsat, at tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelserne at have fastsat: »Ordregiver forbeholder sig ret til at indgå aftale på grundlag af kombinationer af de udbudte entrepriser, som ordregiver finder mest hensigtsmæssige for ordregiveren«, uanset at tildelingskriteriet var fastsat som »den laveste pris«.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i udbudsbetingelserne i afsnittet »Vintertjeneste Drift Betingelser« i pkt. 2.2 »Tildeling« at have fastsat følgende: »Ordregiver forbeholder sig derudover ret til at annullere udbuddet helt eller delvist og foretage nyt udbud af hele eller dele af udbuddet«.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2, ved ikke hurtigst muligt for samtlige delentrepriser at underrette samtlige tilbudsgivere om, hvilke beslutninger om indgåelse af kontrakt indklagede havde truffet.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 - 2 og 4 - 7.

Indklagede, Nordjyllands Amt, skal i sagsomkostninger til klageren, Sammenslutningen af Glatførebekæmpende vognmænd i Nordjyllands Amt ApS, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig