

K E N D E L S E

Søndersø Entreprenør og Vognmandsforretning A/S
(advokat André Rouvillain, København)

mod

Middelfart Kommune
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 87-141605 af 30. april 2011 udbød indklagede, Middelfart Kommune, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18 /EF (udbudsdirektivet) transport og tømning af maxicontainere fra Middelfart Kommunes genbrugspladser i Middelfart, Gelsted, Køstrup og Nørre Åby. Arbejdet blev udbudt i 4 selvstændige kontrakter. Der kunne afgives tilbud på en eller flere pladser.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. juni 2011 havde indklagede modtaget 4 tilbud på delaftale 1, 2 og 4 samt 5 tilbud på delaftale 3. Søndersø Entreprenør og Vognmandsforretning A/S (klageren) afgav tilbud på alle aftalerne.

Den 24. august 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Bjarne Nikolajsen A/S for så vidt angår delaftale 1-3 og med Marius Pedersen A/S for så vidt angår delaftale 4. Indklagede oplyste samtidig, at klagerens tilbud ikke var taget i betragtning under henvisning til, dels at tilbuddet fra klageren var vurderet som unormalt lavt, dels at klagerens tilbud indeholdt et forbehold i forhold til udbudsbetingelsernes krav til de anvendte biler.

Den 2. september 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 27. september 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivet artikel 55, idet indklagede uberettiget har afvist klagerens tilbud som unormalt lavt, uanset at klageren efter indklagedes anmodning om supplerende oplysninger har redegjort for tilbuddets sammensætning og korrekte beregning, ligesom de forudsætninger og kriterier, som indklagede har lagt til grund for afvisningen, er forkerte.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at tage klagerens tilbud i betragtning under henvisning til, at tilbuddet ikke var konditionsmæssigt, fordi der var taget forbehold for udbudsbetingelsernes krav til de anvendte lastbiler, uanset at klageren ikke havde taget forbehold herfor.

Påstand 3

Indklagedes beslutning af 24. august 2011 om, at klagerens tilbud ikke skal tages i betragtning ved tildeling af samtlige 4 delentrepriser, skal annulleres.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Indklagedes beslutning af 24. august 2011 om, at klagerens tilbud ikke skal tages i betragtning, annulleres for så vidt angår tildeling af enkelte delentrepriser, således at klagerens tilbud ikke tages i betragtning ved en samlet samtidig tildeling af alle 4 delentrepriser, men tages i betragtning ved hver enkelt delentreprise.

Påstand 5

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 477.672 kr. med procesrente fra den 2. september 2011.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 5 nedlagt påstand om frifindelse.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 30. april 2011 indeholder følgende:

»...

III.1) Betingelser i kontrakten

III.1.1) Sikkerhedsstillelse og garantier, som forlanges

Sikkerhedsstillelse på 10 % af åratilbudssummen i form af bank-eller anfordringsgaranti.

...«

I udbudsbetingelserne af maj 2011 (Udbudsvilkår) er anført følgende:

»...

4.4.1 Udvalgelseskriterier

Middelfart Kommune vil vurdere de modtagne tilbud med henblik på at udvælge, hvilke tilbud der er konditionsmæssige.

Udvælgelsen vil bygge på vurdering af tilbuddets dokumentation for tilbudsgivers forhold og formåen. Kun de tilbud, der indeholder den krævede dokumentation, vil få deres tilbud vurderet med henblik på en eventuel tildeling af kontrakt.

...

a. Økonomiske nøgletal

Oplysninger om tilbudsgivers økonomiske nøgletal for de seneste 3 afsluttede regnskabsår. Der skal som minimum være følgende oplysninger:

- Resultat
- Omsætning

– Egenkapital

- Erklæring om sikkerhedsstillelse
Tilsagn fra penge- eller kaufionsforsikringsinstitut om sikkerhedsstillelse.
- Opgaveløsning og kvalitet
Hvorledes tilbudsgiver vil sikre opfyldelse af det beskrevne mindsteniveau for service, ledelse og udførelse af den konkrete opgave. Hvis tilbuddet omfatter et serviceniveau udover det krævede mindsteniveau, skal det også beskrives.

Hvilke mandskabsressourcer tilbudsgiver vil sætte ind på opgaven, herunder indsætning af kvalificeret afløsning ved ferie og sygdom.

Hvilke materielressourcer tilbudsgiver vil sætte ind på opgaven, herunder type, antal renovationsvogne, totalvægt, vedligeholdelsesstand og alder. Der oplyses også om mulighed for indsættelse af reservebil.

...

4.7 Forbehold

Forbehold skal fremgå af tilbudslisten.

Der kan ikke tages forbehold overfor grundlæggende elementer i dette udbudsmateriale. Såfremt dette sker, vil tilbuddet blive betragtet som ukonditionsmæssigt, og det vil blive afvist.

Øvrige forbehold vil blive prissat og indgå i tilbudsevalueringen. Såfremt det ikke er muligt at prissætte et forbehold, vil tilbuddet ligeledes blive afvist som ukonditionsmæssigt. Middelfart Kommune vil i det konkrete tilfælde vurdere, om der er tale om et forbehold, og hvorvidt et sådant er henholdsvis grundlæggende henholdsvis kan prissættes.

Tilbudsgiver opfordres til at søge eventuelle uklarheder afklaret forud for afgivelse af tilbud.

...«

I udbudsbetingelserne (Ydelsesbeskrivelse) er anført følgende vedrørende sikkerhedsstillelse:

»...

6.1 Sikkerhedsstillelse og forsikring

Middelfart Kommune forlanger, at der i forbindelse med tilbuddet foreligger tilsagn om sikkerhedsstillelse fra bank eller kaufionsforsikrings-

institut. Vognmandens forpligtelser er ikke begrænset af sikkerhedsstillelsens størrelse.

Sikkerhedsstillelsen skal ske i form af en anfordringsgaranti, der kan hæves af Middelfart Kommune uden rettergang.

Sikkerhedsstillelsen udgør 10 % af kontraktens årssum i hele kontraktperioden. Garantibeløbet står til rådighed for Middelfart Kommune i tilfælde af misligholdelse eller utidig ophævelse af kontrakten, i det omfang Middelfart Kommune må opfylde vognmandens kontraktlige forpligtelser.

...«

I udbudsbetingelserne (Ydelsesbeskrivelse) er endvidere anført følgende:

»...

2.4. Biler

...

Vognmandens lastbiler til transport og tømning af containere og mobilkomprimatorer skal som minimum opfylde følgende miljømæssige krav:

Godkendte EURO V-motorer.

...

3.1.3 Alle delentrepriser

Hvis en transport vinder alle fire delentrepriser, skal vognmanden have kapacitet til at indsætte mindst 5 lastbiler til samtidig drift. Samtidig drift kan ske på en eller flere pladser efter Middelfart Kommunes valg. Middelfart Kommune kan rekvirere enhver af de 5 lastbiler med hastetømning og /eller kontinuert drift. Kontinuert drift kan foregå mellem alle delentrepriser.

...«

Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«

Indklagede kunne konstatere, at klageren havde afgivet tilbud med den laveste pris på 3 af de 4 entrepriser, og at klageren, når der blev taget højde for den af klageren tilbudte samlerabat ved tildeling af samtlige 4 delentrepriser, havde afgivet tilbud med den samlet set laveste pris.

Af klagerens tilbud fremgik imidlertid, at klageren gennem de seneste 3 år havde haft et negativt resultat, og at klagerens egenkapital gennem de seneste 3 regnskabsår var faldet.

Klageren havde endvidere ikke vedlagt tilsagn fra bank eller kautionsforsikringsinstitut om sikkerhedsstillelse, men derimod vedlagt en rammekontrakt med Tryg Garanti.

Indklagede rådgiver – COWI - skrev herefter den 29. juni 2012 således til klageren:

»...

Ved gennemgang af tilbuddet er det konstateret, at prissætningen af posten under tilbudslistens Del A - Flasker/glas 18 m³ åben container (2 containere), er prissat meget lavt. Dette gælder for alle 4 delentrepriser. Prissætningen af disse 4 poster vurderes at indebære en risiko for, at Søndersø Entreprenør- og Vognmandsforretning vil tabe penge på udførelse af kontrakten.

Sammenholdt med de oplyste nøgletal, hvor virksomheden de seneste 3 regnskabsår har haft et negativt resultat, har Middelfart Kommune, Renovationsvæsenet en frygt for, at Søndersø Entreprenør- og Vognmandsforretning vil gå konkurs i kontraktperioden.

På baggrund af denne frygt skal jeg derfor bede Dem fremsende en redegørelse for, hvorvidt Søndersø Entreprenør- og Vognmandsforretning lider et tab ved udførelse af kontrakten på baggrund af de i tilbuddet angivne priser.

I samme forbindelse skal jeg bede Dem fremsende en redegørelse for, hvilke tiltag der vil blive iværksat til sikring af virksomhedens fortsatte eksistens i hele kontraktperioden.

Endelig kan det på baggrund af den fremsendte erklæring om sikkerhedsstillelse ikke med sikkerhed konstateres, at Søndersø Entreprenør- og Vognmandsforretning er i stand til at stille den krævede sikkerhed for udførelse af alle 4 delentrepriser. Dette skyldes, at tillægget til rammekontrakten med Tryg Garanti ikke indeholder oplysninger om, hvor stor den del af garantirammen på 4.000.000 kr. der allerede er udnyttet. De bedes derfor fremsende supplerende oplysninger om størrelsen af den tilgængelige garantiramme under rammekontrakten med Tryg Garanti. Såfremt den resterende garantiramme ikke er tilstrækkelig til at dække kontraktens krav om sikkerhedsstillelse, bedes De fremsende en

erklæring fra Tryg Garanti eller tilsvarende, hvor der gives tilsagn om den nødvendige sikkerhedsstillelse.

...«

Denne henvendelse blev besvaret af klageren ved en e-mail af 29. juni 2011 til COWI, der ved skrivelse af 1. juli 2011 udbad sig mere detaljerede oplysninger om den økonomiske sammensætning af klagerens tilbud. Den 7. juli 2011 fremsendte klageren budgetopgørelse og opgørelse af kostpris pr. mandetime.

I klagerens tilbud er bl.a. anført følgende:

»...

Materielressourcer:

Der vil på kontraktindgåelsestidspunktet være 4 biler med Euro5 motorer, (pt. har vi 2 biler med Euro5), som er 4-akslede med en lasteevne på 18T+, samt 1 stk. hejskærre og 3 overføringspåhængsvogne.

Bilerne er årgang 2011-2012, og altså nye biler.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren tilbud ikke var unormalt lavt og kun 5-8 % lavere end en af de andre tilbudsgivere, hvis tilbud ikke blev anset for unormalt lavt. Indklagede har begået væsentlige fejl ved vurderingen af, om klagerens tilbud var unormalt lavt.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud var unormalt lavt. Det var således 8 % lavere end tilbuddet fra den tilbudsgiver, der fremkom med det næstlaveste tilbud. Hertil kom, at klageren de seneste 3 år havde opnået negative resultater. Indklagede vurderede, at klageren ikke ville være i stand til at opfylde kontrakten, og denne vurdering skal ikke tilsidesættes.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at klageren ikke har taget forbehold. Oplysningerne om materielressourcer er en serviceoplysning om, at klageren på

tidspunktet for kontraktindgåelsen og 9 måneder, før opgaven påbegyndes, allerede var i besiddelse af den nødvendige kapacitet.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens angivelser i sit tilbud om materielressourcer er en fravigelse fra det ufravigelige krav i ydelsesbeskrivelsens pkt. 3.1.3 jf. pkt. 2.4.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tilsidesættelse af de udbudsretlige regler som beskrevet i påstand 1 og 2 indebærer, at indklagedes beslutning om ikke at tage klagerens tilbud i betragtning skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere indklagedes beslutning, da indklagede ikke har tilsidesat udbudsreglerne. Indklagede har med rette set bort fra klagerens tilbud. Klagerens tilbud var unormalt lavt, og klageren havde taget forbehold for et ufravigeligt krav. Dertil kommer, at klageren ikke havde vedlagt sit tilbud en forskriftsmæssig erklæring om sikkerhedsstillelse.

Ad påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klageren har gjort gældende, at såfremt klagenævnet måtte finde, at klagerens tilbud ikke er konditionsmæssigt, kan dette alene angå for samtidig tildeling af alle delentrepriserne. Klagerens tilbud er konditionsmæssigt og skal tages i betragtning for de enkelte entrepriser.

Indklagede har henvist til det om påstand 3 anførte.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår af udbudsdirektivets art. 55, at en ordregivende myndighed kan afvise et tilbud vedrørende en bestemt kontrakt, hvis tilbuddet forekommer at være unormalt lavt. Bestemmelsen foreskriver endvidere en særlig procedure, som den ordregivende myndighed skal iagttage, forinden afvisning kan ske.

Det påhviler den ordregivende myndighed at godtgøre, at betingelserne for, at et tilbud kan afvises som unormalt lavt, er opfyldt.

Indklagede har som begrundelse for sin vurdering af, at klagerens tilbud var unormalt lavt henvist til, at klagerens tilbud var 8 % lavere end tilbuddet fra den næstlavestbydende tilbudsgiver, og til klagerens driftsresultater de seneste 3 år, og indklagede har fastholdt denne opfattelse, efter at klageren nærmere har redegjort tilbuddet og sine økonomiske forhold.

Når henses til, at klagerens tilbud har været omkring 8 % lavere end tilbuddet fra næstlavestbydende, hvis tilbud ikke af indklagede blev anset for unormalt lavt, og til, at klageren nærmere har redegjort for rentabiliteten i sit tilbud, findes det ikke godtgjort, at indklagede har været berettiget til at se bort fra klagerens tilbud under henvisning til, at tilbuddet var unormalt lavt.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

I udbudsbetingelserne (Ydelsesbeskrivelse) er i pkt. 2.4 opstillet krav om, at de lastbiler, der benyttes til entreprisen skal være udstyret med godkendte EURO V-motorer. Endvidere kræves det i pkt. 3.1.3, at for det tilfælde, at en tilbudsgiver vinder alle fire delentrepriser, skal den pågældende tilbudsgiver have kapacitet til at indsætte mindst 5 lastbiler til samtidig drift.

Klagerens angivelse om materielressourcer er ikke angivet som et forbehold, men er på den anden side heller ikke angivet som en servicemeddelelse.

Det er tilbudsgiverens risiko, at angivelser i tilbuddet kan fremstå uklare og opfattes som forbehold. Klageren, der var lavestbydende på alle fire delentrepriser, var pligtig at have kapacitet til mindst 5 lastbiler med EURO V-motorer til samtidig drift for at opfylde entreprisen, og en oplysning om klagerens kapacitet er uforløst, da det ved klagerens tilbudsafgivelse som udgangspunkt må forudsættes, at klageren kan opfylde det stillede kapacitetskrav. Klagerens oplysning om, at klageren besidder et mindre antal godkendte lastbiler end krævet i udbudsbetingelserne, kan derfor naturligt for-

stås som et forbehold over for kapacitetskravet, når en »servicemeddelelse« om klagerens nuværende kapacitet er overflødig.

Indklagede har derfor med føje anset klagerens bemærkninger om sin kapacitet som et forbehold over for udbudsbetingelsernes pkt. 2.4 og 3.1.3. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Som følge af det ad påstand 2 anførte tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Allerede som følge af, at klageren ikke har stillet en forskriftsmæssig garanti, tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivet artikel 55, idet indklagede uberettiget har afvist klagerens tilbud som unormalt lavt.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2-4.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Ida Maria Westphall
kontorfuldmægtig