

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Viggo Olesen, Lykstoft Larsen)

97-19.319

9. juli 1997

K E N D E L S E

Vognmand Bomholt A/S
(advokat Poul Holmgård, Århus)

mod

Århus Kommune
(advokat Torben Brøgger, Århus)

Sagen angår en klage i anledning af Århus Kommunes EU-udbud i oktober 1996 af transport af affald. Udbudet skete i henhold til EU's tjenesteydelsesdirektiv, direktiv 92/50.

Klageren (Bomholt) har endeligt nedlagt påstand om, at Århus Kommune tilpligtes at anerkende, at kommunen har været uberettiget til at annullere det omhandlede udbud.

Kommunen har endeligt påstået afvisning med henvisning til, at Bomholt ikke har retlig interesse i klagen, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Sagens omstændigheder er:

Ved udbudsbekendtgørelse afsendt til EF-tidende den 1. oktober 1996 udbød kommunen i offentligt udbud transport af affald fra renovationscenter Århus Nord til forskellige kraftvarmeværker og lossepladser. I udbudsmaterialet var angivet forventede årsmængder for en række forskellige transporter. Det anførtes, at afregning skulle ske ved fremsendelse af regning hver måned med angivelse af bl.a. mængder og antal kørsler. Afleveringsafgifter og deponeringsafgifter incl. statsafgift skulle afholdes af vognmanden. For en enkelt kørsel (neddelt brændbart materiale til Glatved losseplads) angaves, at materialet skulle læsses i 30 m³ containere. Dette blev senere uddybet i et tillæg til udbudsmaterialet, i hvilket det tillige angaves, at der for transport af jernskrot regnedes med 20 m³ containere. I tilbudslisten var for hver transport angivet forventet årsmængde i ton og forventet maksimalt antal læs, således at tilbudsgiverne for hver transport skulle angive en enhedspris pr. læs i tilbudslisten. Dette sigtede efter det fremkomne til, at afregningen skulle ske pr. læs, og at kommunen forudsatte, at tilbudsgiverne bortset fra med hensyn til jernskrot ville køre med læs på 30 m³. At der skulle afregnes pr. læs i stedet for efter vægt, havde efter det oplyste til

formål at undgå diskussioner med vognmanden om vægtfylden af de enkelte læs, d.v.s. om læssenes vandindhold. Det angaves i udbudsbekendtgørelsen, at alternative tilbud ikke akcepteredes. Som tildelingskriterium angaves det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra en helhedsvurdering af forskellige nærmere angivne forhold.

Der indkom tilbud fra seks vognmandsvirksomheder, herunder Bomholt, der var nominelt lavestbydende.

I Bomholts tilbud var med hensyn til en række transporter rettet i tilbuds- listens angivelse af antal læs, idet disse blev angivet reduceret i forhold til tilbudslistens angivelse. Bomholt angav desuden i tilbudets rubrik om forbehold, at antallet af læs var reduceret i forhold til tilbudslisten ved anvendelse af køretøjer i maksimumstørrelse. Baggrunden var, at Bomholt var indstillet på i videst muligt omfang at køre med læs på 90 m³, fordelt på to containere hver på 45 m³.

Tilbudene fra næst- og tredjelavestbydende, J. Buhl og Sønner A/S (Buhl) og Johs. Sørensen og Sønner A/S (Johs. Sørensen), indeholdt lignende angivelser, henholdsvis at der ved visse transporter ville blive kørt med to containere hver på 30 m³, og at der ved visse transporter regnedes med to læs pr. tur.

Efter tilbudenes åbning den 2. december 1996 blev tilbudene vurderet af en sagsbehandler i kommunen, Alf Sørensen, der udformede en skriftlig vurdering, dateret 3. december 1996. I vurderingen udtryktes skepsis over for Bomholts reduktion af antal læs, og det indstilledes, at der toges kontakt til næstlaveste tilbudsgiver, Buhl, med henblik på indgåelse af kontrakt.

I brev af 24. januar 1997 til Bomholts advokat, underskrevet af chefen for kommunens affaldskontor, Erik Bay, udtaltes, at affaldskontoret havde afventet en godkendelse af samdrift af tre ovne på kommunens kraftvarmeanlæg i Lisbjerg, at byrådet nu havde meddelt denne godkendelse, og at kommunen derfor først nu tilkendegav sin stilling til Bomholts tilbud, idet man ved en forkastelse i byrådet ville have annulleret udbudet. I brevet udtaltes videre, at Bomholts tilbud var ukonditionsmæssigt og derfor afvistes. Der henvistes herved til, at tilbudet betragtedes som et alternativt tilbud, da der var foretaget væsentlige rettelser i tilbudslisten, og da tilbudet byggede på en anden udførelsesmåde end forudsat i udbudsmaterialet. Der henvistes videre til udbudsmaterialets bestemmelse om, at alternative tilbud ikke akcepteredes.

Ved brev af 29. januar 1997 til kommunen bestred Bomholts advokat, at Bomholts tilbud havde været ukonditionsmæssigt. Advokaten meddelte samtidig, at sagen ville blive indbragt for Klagenævnet for Udbud.

Ved klageskrift af 3. februar 1997 indbragte Bomholts advokat sagen for Klagenævnet for Udbud med påstand om annullation af kommunens beslutning om at afvise Bomholts tilbud og om, at det pålagdes kommunen at afbryde kontraktsproceduren, indtil Klagenævnets afgørelse forelå.

Ved brev af 11. februar 1997 til Klagenævnet meddelte kommunen, at man havde besluttet at gøre udbudsproceduren om, da man havde konstateret betydelig forskellig opfattelse hos de bydende af udbudsmaterialets krav til opgavens gennemførelse. Ved brev af 25. februar 1997 meddelte kommunen Klagenævnet, at man således ikke ville gøre brug af nogen af de fremkomne tilbud, og at der ville blive foretaget et nyt offentligt EU-udbud efter ca. tre måneder.

Ved et supplerende klageskrift af 10. marts 1997 til Klagenævnet ændrede Bomholts advokat påstanden for Klagenævnet til den endelige påstand, der er gengivet ovenfor, d.v.s. at kommunen tilpligtes at anerkende, at den har været uberettiget til at annullere udbudet.

Sagen har været mundtligt forhandlet for Klagenævnet den 20. maj 1997.

Der er fremlagt et antal bilag.

Der er for Klagenævnet afgivet forklaringer af Niels Bomholt og Erik Bay.

Niels Bomholt har forklaret: Bomholt er en almindelig vognmandsvirksomhed med 11 vogne. Virksomheden, der blev etableret af Niels Bomholts far, har eksisteret siden 1939. Den har ikke tidligere deltaget i en EU-licitation. Niels Bomholt udformede selv tilbudet. Han syntes, at det var mærkeligt, at udbudsmaterialet angav så mange læs, men regnede med, at opgaven gik ud på transporten af affaldet, og at antallet af læs var uden betydning. I anledning af, at der i udbudsmaterialet stilledes krav om, at visse affaldsformer skulle køres i containere af bestemt størrelse, ringede Niels Bomholt i november 1996 til kommunens affaldskontor, hvor han talte med Høgh Knudsen. Denne sagde, at der var tale om en pris, man ville have frem, hvis et nærmere angivet forbrændingsanlæg brød ned, og man derfor istedet skulle køre brændbart materiale til en bestemt losseplads. Bomholt kunne godt køre affaldet i 30 m³ containere, men ønskede så vidt muligt at køre med 45 m³ containere. Bomholt kan køre med to af dem, en på forvognen og en på anhænger. Niels Bomholt spurgte ikke, om han måtte rette i tilbudslisten. Han var imidlertid nødt til at rette for at få enhedsprisen til at passe med tilbudssummen. Niels Bomholt nævnte dette i tilbudets rubrik om forbehold som en forklaring og angav herunder anvendelse af køretøjer i maksimal størrelse, d.v.s. de største køretøjer, der må køre på vejene. Et sådant køretøj må totalt rumme 29 tons. Niels Bomholt var tilstede under åbningen af tilbudene den 2. december 1996. Fra kommunen deltog Alf Sørensen og nogle andre. Priserne blev læst op, og forbeholdene blev nævnt. Niels Bomholt mener, at han senere blev ringet op og bedt om at møde på kraftvarmeanlægget i Lisbjerg. Den 9. december 1996 deltog Niels Bomholt i et møde med kommunen. Fra kommunen deltog Alf Sørensen og nogle andre. Niels Bomholt var gået ud fra, at der skulle indgås kontrakt på mødet, men Bomholts tilbud blev forkastet. Alf Sørensen havde lavet den fremlagte beregning, som alle mødedeltagerne sad med, og som Niels Bomholt fik udleveret en fotokopi af. Niels Bomholt forklarede imidlertid, at Bomholt kørte med læs på 60 m³ og 90 m³. En af mødedeltagerne fra kommunen sagde, at de så måtte lave nogle andre beregninger. Kommunen udtrykte nogle betænkeligheder ved Bomholts store vogne. Niels Bomholt foreslog en prøvekørsel, hvilket kommunen gik ind på. Denne prøvekørsel fandt sted den 13. december 1996. Det viste sig, at der ikke var problemer ved at køre med Bomholts vogne. Det aftaltes, at Niels Bomholt skulle have et nyt møde med kommunen den 16. december 1996. Dette møde blev imidlertid aflyst, og kommunen sendte et brev om, at tilbudet ikke var konditionsmæssigt. Der blev dog alligevel foretaget en prøvekørsel den 17. december 1996. Prøvekørslen gik ud på, at man kørte til anlæggene i Horsens og Skanderborg for at se, om man kunne tippe. Derefter hørte Niels Bomholt ikke noget fra kommunen. Den 20. december 1996 kontaktede Niels Bomholt kommunen og fik at vide, at der ikke kunne indgås aftale, før den tredje ovn på kraftvarmeanlægget i Lisbjerg var godkendt af byrådet. Niels Bomholt overværede, at den tredje ovn blev godkendt på et byrådsmøde den 22. januar 1997. Derefter fik Bomholt det fremlagte brev fra kommunen af 24. januar 1997 om, at man ikke kunne få kontrakten.

Erik Bay har forklaret: Kommunens affaldskontor har ca. 120 medarbejdere og tre afdelingsledere. En af afdelingslederne var Poul Høgh Knudsen, der havde ansvaret for det omhandlede udbud. Han havde sagt op til fratræden 31. december 1996. Erik Bay tiltrådte som leder af affaldskontoret den 1. december 1996. Han har tidligere været direktør i ingeniørfirmaet Rasmussen og Schiøtz. Han mødte ikke Alf Sørensen, der var en midlertidigt ansat ingeniør. Alf Sørensen er ikke længere ansat i affaldskontoret. Udbudet blev forestået af Høgh Knudsen og Alf Sørensen. Erik Bay hørte første gang om det den 10. december 1996, da han fik at vide, at der var lidt tvivl, om hvem man skulle vælge, og at det var en forudsætning, at man fik tilladelse til at køre med alle tre ovne samtidig på kraftvarmeanlægget i Lisbjerg. Affaldsmængderne var øget, så det var meget væsentligt at få treovns-driften godkendt af byrådet og amtet. Sagen skulle behandles i byrådet den 18. december 1996. Vist samtidig fortalte Høgh Knudsen, at man skulle have prøvekursler med Bomholts store vogne. Mere hørte Erik Bay ikke om sagen. Byrådsbehandlingen den 18. december 1996 resulterede i, at sagen blev udsat og henvist til teknisk udvalg. Den 19. december 1996 fik Erik Bay et notat fra Høgh Knudsen med indstilling om at afvise Bomholt og indgå kontrakt med Buhl & Sønner med forbehold om godkendelse af treovns-driften. I notatet stod der noget om, at brugen af Bomholts store vogne ville medføre længere aflæsningstid m.m. Den 20. december 1996 drøftede Erik Bay sagen med juridisk-teknisk kontor og fik udbudsmaterialet. Erik Bay blev desuden ringet op af Niels Bomholt. Erik Bay fortalte, at man ventede på tilladelsen til treovns-drift og sagde, at man ville vende tilbage i det nye år. Erik Bay vidste ikke, at kommunen havde meddelt Bomholt, at man anså Bomholts tilbud for ukonditionsmæssigt. Treovns-driften blev behandlet i teknisk udvalg den 13. januar 1997. Behandlingen forløb godt, og treovns-driften blev godkendt i et byrådsmøde den 22. januar 1997. Amtets godkendelse var tidligere faldet på plads. Erik Bay var kommet til den opfattelse, at Bomholts tilbud var ukonditionsmæssigt og sendte derfor det fremlagte brev af 24. januar 1997 om, at Bomholts tilbud var ukonditionsmæssigt. Det fremgik tydeligt af udbudsmaterialet, at der ikke modtoges alternative tilbud, ligesom det fremgik af udbudsmaterialet, at der skulle bruges 30 m³ containere. Det kunne ret nemt beregnes ud fra tilbudslisten, at et læs var defineret som 30 m³. Det er rigtigt, at det læsstørrelsen på 30 m³ kun var nævnt udtrykkeligt to steder i udbudsmaterialet, men kravet fremgik som nævnt af tilbudslisten. Når man afregner pr. læs, må man have et enkelt system. Erik Bay havde spurgt i affaldskontoret, hvorfor man afregnede pr. læs i stedet for pr. ton og havde fået at vide, at det var for at undgå diskussion med vognmanden om vægtfylden. Af hensyn til statsafgiften skulle hvert læs imidlertid vejes. Erik Bay havde ikke set Alf Sørensens vurdering. Man kunne se, at Bomholt opererede med læs på 60 m³ og 90 m³ og eventuelt satsede på en anden vægtfylde. Erik Bay syntes, at Bomholts tilbud var udmærket, men mente ikke, at kommunen havde ret til at acceptere det, hvilket Erik Bay fandt ærgerligt. Endvidere kunne Erik Bay ikke forstå Buhls forbehold. Erik Bay bad om, at der blev holdt et møde med Buhl. Det blev holdt den 5. februar 1997. Erik Bay fik et referat af mødet og kunne se, at også Buhls tilbud var ukonditionsmæssigt. Derefter så Erik Bay kort på tilbudet fra tilbudsgiver nr. 3, der imidlertid også havde forbehold. Under et møde med juridisk-teknisk kontor den 7. februar 1997 bestemte Erik Bay sig til at annullere udbudet som følge af, at de tre lavestbydende alle havde givet ukonditionsmæssige bud, og som følge af, at udbudsmaterialet var dårligt og uklart formuleret. Erik Bay fandt det også uheldigt, at det ifølge udbudsmaterialet var vognmanden, der skulle betale statsafgiften, da kommunen hæfter for den.

Bomholts advokat har til støtte for Bomholts påstande i hovedtræk anført: Udbudsmaterialet stillede ikke krav om anvendelse af containere på 30 m³ bortset fra med hensyn til transport af brændbart affald til Glatved losseplads. Der har ikke kunnet indfortolkes et krav i tilbudslisten om en bestemt containerstørrelse. Det ville være helt unaturligt, hvis en tilbudsliste skal forstås som indeholdende krav til materiellet. Efter Bomholts henvendelse til kommunen har Bomholt endvidere med rette

kunnet opfatte det sådan, at kommunen ikke lagde vægt på containerstørrelsen. Hertil kommer, at et krav om anvendelse af 30 m³ containere ikke er lovligt, idet det strider mod tjenesteydelsesdirektivets artikel 14, stk. 2-4. Bomholts tilbud var således ikke ukonditionsmæssigt. Det var heller ikke alternativt. Det gik blot ud på udførelse af opgaven med gængs, lovligt materiel. Tilbudene fra næstlaveste og tredjelaveste tilbudsgivere, Buhl og Johs. Sørensen, var heller ikke ukonditionsmæssige. Det er iøvrigt bemærkelsesværdigt, at alle tre lavestbydende har måttet gøre sig overvejelser og finde løsninger med hensyn til containerstørrelsen. Kommunen har herefter ikke haft sagligt grundlag for at tilbagekalde udbudet, og tilbagekaldelsen fremtræder som et modtræk mod Bomholts klage til Klagenævnet. Klagenævnet bør omgøre kommunens beslutning om tilbagekaldelsen. Ellers vil den frie konkurrence blive hindret som følge af, at de bydende nu kender hinandens tilbud. Der protesteres mod kommunens afvisningspåstand, der først er nedlagt under proceduren for Klagenævnet, uanset at Bomholts synspunkter også fremgår af processkrifterne. Bomholt har retlig interesse i at få sagen behandlet for Klagenævnet.

Kommunens advokat har til støtte for kommunens påstande i hovedtræk anført: Bomholts advokats ovenstående synspunkter går ud på, at Bomholts, Buhls og Johs. Sørensens tilbud var konditionsmæssige. Bomholt har imidlertid ikke nedlagt påstand herom og har endda frafaldet sin oprindelige påstand om, at Bomholts tilbud var konditionsmæssigt. Herefter kan Bomholt ikke have retlig interesse i sagen for Klagenævnet. Det er endvidere nu kommet frem, at der efter Bomholts tilbud har været forhandlinger mellem Bomholt og kommunen. Som følge deraf kan Bomholts tilbud ikke komme i betragtning, hvorfor Bomholt også af den grund ikke har retlig interesse i sagen. Sagen må derfor afvises. Iøvrigt er det bemærkelsesværdigt, at Bomholts påstand åbenbart skal forstås som en påstand om annulation, uanset at den fremtræder som en anerkendelsespåstand. Subsidiært har kommunens advokat henvist til, at kommunens tilbagekaldelse af udbudet var saglig. Dels var den var begrundet med, at de tre lavestbydende, d.v.s. tre af de seks tilbudsgivere, havde givet ukonditionsmæssige tilbud, fordi de havde misforstået udbudsmaterialet. Det fremgik ret klart af tilbudslisten, at der skulle anvendes læs på 30 m³, og tilbud, der regner med anvendelse af andre læs, går ud på en anden gennemførelse af opgaven end forudsat og er derfor alternative. Kommunen har været både berettiget og forpligtet til at se bort fra de tre laveste tilbud. Ellers ville den have handlet i strid med ligebehandlingsprincippet. Dels var tilbagekaldelsen begrundet med, at udbudsmaterialet var uklart og uhensigtsmæssigt. En ordregivende myndighed er ikke afskåret fra at konstatere, at udbudsmaterialet har vist sig uhensigtsmæssigt. Kommunen har ikke nogen præference for Buhl eller modvilje mod Bomholt. Iøvrigt må der lægges vægt på, at en offentlig myndighed har pligt til at udøve forsvarlig forvaltning. Hvis Bomholts synspunkt om, at der ikke kan stilles krav om anvendelse af 30 m³ containere er rigtigt, har udbudet været ulovligt og har allerede derfor skullet tilbagekaldes. Det nye udbud sker på ændrede vilkår, hvorfor det ikke er problematisk, at tilbudsgiverne i henhold til det tilbagekaldte udbud kender hinandens priser.

Advokaterne har i skriftvekslingen og proceduren beskæftiget sig med en række yderligere forhold, som Klagenævnet ikke har fundet anledning til at omtale i kendelsen.

Klagenævnet skal udtale:

Bomholt har som tilbudsgiver i henhold til det omhandlede udbud retlig interesse i at få påkendt sit synspunkt om, at den senere tilbagekaldelse af udbudet var uberettiget, hvorfor kommunens afvisningspåstand ikke tages til følge. Det ses ikke at have betydning for spørgsmålet, at Bomholts synspunkt i væsentlig grad er begrundet med, at de tre laveste tilbud var konditionsmæssige,

allerede fordi dette synspunkt må forstås som led i Bomholts argumentation om, at tilbagekaldelsen ikke var tilstrækkeligt sagligt begrundet.

Et krav om anvendelse af containere på 30 m³ ses ikke i sig selv at være i strid med artikel 14 i tjenesteydelsesdirektivet.

Det må antages, at et udbud i henhold til EU's udbudsregler kun kan tilbagekaldes, hvis udbyder har saglig grund til tilbagekaldelsen.

Det er uheldigt, at kommunens tilbagekaldelse af udbudet skete efter Bomholts klage til Klagenævnet. Dette kunne umiddelbart pege i retning af, at tilbagekaldelsen havde til formål at afbøde virkningen af klagen, hvilket ville være usagligt.

Klagenævnet finder imidlertid ikke i det fremkomne grundlag for at tilsidesætte Erik Bays forklaring, hvorefter tilbagekaldelsen skete, fordi Erik Bay som nytiltrådt leder af kommunens affaldskontor var blevet opmærksom på, at udbudsbetingelserne var uklare og uhensigtsmæssige. Tværtimod synes det efter det fremkomne at være rigtigt, at udbudsbetingelserne var uklare og uhensigtsmæssige, og en kommune har som offentlig myndighed pligt til forsvarlig forvaltning, herunder pligt til at udforme sine udbud så klart og hensigtsmæssigt som muligt. Klagenævnet finder herefter ikke grundlag for at statuere, at tilbagekaldelsen var usaglig.

Klagen tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Århus Kommunes afvisningspåstand tages ikke til følge.

Klagen fra Vognmand Bomholt A/S tages ikke til følge.

Det gebyr, som Vognmand Bomholt A/S har betalt til Klagenævnet, tilbagebetales ikke.