

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Jens Fejø, Michael Dithmer)

1:714-11

3. november 1994

K E N D E L S E

Vognmand Kenn Sonne,
Årsballe,
(selv)
mod

Bornholms Fælleskommunale
Affaldsbortskaffelse I/S,
Rønne
(selv)

Bornholms Fælleskommunale Affaldsbortskaffelse I/S (Bofa I/S) er stiftet i 1986-87 og har efter vedtægternes § 1 til formål at forebygge og bekæmpe forurening ved indsamling, modtagelse, samt genanvendelse af affald. Interessenter er de 5 bornholmske kommuner: Rønne Kommune, Hasle Kommune, Allinge-Gudhjem Kommune, Nexø Kommune og Åkirkeby Kommune.

I december 1988 indgik interessentskabet 7 kontrakter med 7 private vognmandsfirmaer om udførelse af renovationskørsel i 7 forskellige områder inden for de 5 kommuners område. Kontraktsparterne og de respektive områder var følgende:

- | | |
|-----------------------------------|-----------------------------|
| 1. Renovadan System Transport A/S | Rønne Kommune |
| 2. Vognmand John Mortensen | Hasle Kommune |
| 3. Vognmand Lennart Ipsen | Allinge-Gudhjem Kommune |
| 4. Nexø Renovation I/S | 80 pct. af Nexø Kommune |
| 5. Vognmand Edgar Nielsen og Søn | 90 pct. af Åkirkeby Kommune |
| 6. Vognmand Preben Espersen | 10 pct. af Åkirkeby Kommune |
| 7. Vognmand Bent Mogensen | 20 pct. af Nexø Kommune |

Kontrakterne blev indgået for perioden 1. januar 1989 - 31. december 1993, og det var i kontrakterne bestemt, at de kunne opsiges med 6 måneders varsel dog tidligst den 30. juni 1993. Ved skrivelser af 24. november 1992 til de 7 vognmandsfirmaer opsagde interessentskabet kontrakterne til ophør pr. 31. december 1993, og det blev i skrivelserne oplyst, at interessentskabet medio 1993 ville tage stilling til »den fremtidige renovationskørsel, hvad angår forhandlinger om kontrakts fornyelse eller licitationsudbud.«

Den 29. juni 1993 blev der afholdt et møde mellem interessentskabets direktør Erling Malmqvist og de 7 vognmandsfirmaer. I et referat fra mødet, der er udarbejdet af vognmand Lennart Ipsen, hedder det om punktet »Renovationskontrakt« følgende:

»... Renovatørerne blev enige med Erling Malmqvist om at forny Renovationskontrakterne med en 8-årig periode fra 1. 1. 94. med en reducere af

21/2 pct. fra prisen i 93. og prisregulering hver 1. januar, dog første gang 1. januar 1995.

Vi havde på tale at oprette et »Renholdningsselskab« som så ville købe Bofas kørselsafdeling.

Der skulle bruges 5 pct. til et fælles kørsel og administrationskontor. ...«

I en notits vedrørende mødet udarbejdet af direktør Malmqvist hedder det om punktet »Kontrakterne« følgende:

»... Renholdningsselskab:

- Mulighed for overtagelse af Bofa's kørselsafdeling.
- Fælles administration - renovationskørsel.
- Fælles administration - erhvervsminicent.

Kontrakter fornyes på 93-priser -2,5 pct., hvis Renholdningsselskab så yderligere -5 pct. til administration med mere.

A/S afklares snarest og Bofa udsender talopgørelse på 93-tal til de enkelte.

Alt skal være afklaret til bestyrelsesmødet i september. ...«

Den 14. juli 1993 skrev interessentskabet således til de 7 vognmandsfirmaer:

»... Vedlagt fremsendes vores beregninger vedrørende kørsel i 1993.

Udspillet vil være en reduktion på f.eks. max 7,5 pct., hvoraf de 5 pct. bliver et administrationsbidrag til »Renholdningsselskabet«.

Diverse jura-kyndige er sat i arbejde, og forhandlinger med Renovadan pågår.

Når I har kigget på tallene, hører vi gerne fra jeres »forhandlere«. ...«

Den 19. juli 1993 havde direktør Malmqvist en samtale med vognmand John Mortensen, hvorunder direktør Malmqvist tilkendegav vognmand John Mortensen, at han ikke skulle regne med at få sin kontrakt fornyet, og der blev i den følgende tid brevvekslet og ført forhandlinger mellem vognmand John Mortensen, dennes advokat Preben Simonsen og direktør Malmqvist. Interessentskabet skrev bl.a. den 31. august 1993 således til vognmand John Mortensen:

»... Da vi er uforstående overfor de divergerende tilbagemeldinger, vi har modtaget indtil dato, må vi nu anmode om en entydig skriftlig tilbagemelding på følgende spørgsmål:

- Ønskes dagrenovationskontrakten fornyet under forudsætning af ejerskifte, der kan godkendes af Bofa?

Såfremt ovennævnte ikke har Deres interesse, vil Bofa forhandle renovationskontrakt til anden side, hvorfor svar udbedes senest den 15. september 1993. ...«

På et bestyrelsesmøde i interessentskabet den 2. september 1993 godkendte bestyrelsen en indstilling fra forretningsudvalget om, at renovationskontrakterne blev fornyet for en 8-årig periode med afregningsgrundlag 93-priser -2,5 pct. som det resultat, der var opnået under forhandlingerne med vognmandsfirmaerne.

Advokat Preben Simonsen besvarede interessentskabets skrivelse af 31. august 1993 ved en skrivelse af 6. september 1993, hvori det bl.a. hedder:

»... Min klient er derfor fuldstændig uforstående overfor indholdet af Bofa's skrivelse af 31/8 d.å., da han er af den opfattelse, at han i lighed med de øvrige vognmænd skal fortsætte dagrenovation efter kontrakt for den kommende 5 eller 8 års periode.

Tilbuddet fra Bofa's side om formidling af kontrakt om overtagelse af min klients entreprenørmateriel har han naturligvis bemærket, men mener sig berettiget til at opnå ny kontrakt på de aftalte vilkår med Bofa, og således som dette er meddelt gennem vognmændenes forhandlere.

Til løsning af eventuelle misforståelser og uoverensstemmelser, der måtte være opstået, har jeg foreslået det før omtalte møde, idet jeg gør opmærksom på, at min klient mener at have ret til en kontrakt med Bofa ud fra lighedsgrundsætninger, og at en enkelt vognmands udelukkelse fra ny kontrakt må betegnes som i bedste fald lidt uheldig og i værste fald som kontraktsbrud med efterfølgende erstatningsansvar til følge. ...«

Ved kontrakt af 12. oktober 1993 solgte vognmand John Mortensen den del af vognmandsvirksomheden, der vedrørte renovationen, og advokat Preben Simonsen skrev i den anledning den 13. oktober 1993 således til interessentskabet:

»... i fortsættelse af korrespondance og samtale med Dem i ovennævnte anledning skal jeg herved oplyse, at bindende kontrakt mellem ovennævnte John Mortensen og vognmand Lennart Ipsen, Østerlars er indgået.

Kontrakten omfatter materiel og kontrakt med Bofa I/S for den kommende 8-årige periode gældende fra 1.1.1994.

Jeg anmoder derfor om, at De fremsender kontraktsudkast til købers underskrift omfattende Hasle Kommune, idet jeg af Deres brev af 20. sept. 1993 forstår, at godkendelse er en ren formalitet«.

Interessentskabet godkendte herefter overdragelsen af kontrakten med interessentskabet fra vognmand John Mortensen til vognmand Lennart Ipsen.

Det er oplyst, at værdien excl. moms af renovationen i Hasle Kommune alene for kontraktens første år 1994 er 1.048.702 kr.

Ved skrivelse af 30. december 1993 klagede vognmand Kenn Sonne, Årsballe, til Klagenævnet for Udbud over Bornholms Fælleskommunale Affaldsbortskaffelse I/S.

Vognmand Kenn Sonne har under sagens behandling for Klagenævnet gjort gældende, at interessentskabet har handlet i strid med bekendtgørelse nr. 415 af 22. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter om offentlige indkøb af tjenesteydelser i de Europæiske Fællesskaber ved at indgå aftale med vognmand Lennart Ipsen om renovation i Hasle Kommune for perioden 1. januar 1994 - 31. december 2001 uden at iværksætte offentlige udbud i overensstemmelse med den nævnte bekendtgørelse. Klageren har nærmere anført, at der ikke ved ikrafttrædelsen den 1. juli 1993 af reglerne om fremgangsmåden ved offentlige indkøb af tjenesteydelser var indgået nogen endelig kontrakt om renovationen i Hasle Kommune for perioden 1994-2001, og at der derfor skulle have været iværksat offentligt udbud. Klageren har endvidere oplyst, at han ville have budt på renovationen i Hasle Kommune, såfremt den var blevet udbudt i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Indklagede har ikke bestridt, at interessentskabet er omfattet af Rådets Direktiv 92/50/EØF af 18. januar 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelser, jf. artikel 1, litra b, ligesom indklagede ikke har bestridt, at den pågældende tjenesteydelse efter sin beskaffenhed og værdi er omfattet af direktivet, jf. bilag I A, Kategori 16, og artikel 7. Indklagede har derimod under sagens behandling for Klagenævnet gjort gældende, at der inden den 1. juli 1993 var indgået endelig og bindende kontrakt mellem interessentskabet og vognmand John Mortensen om renovationen i Hasle Kommune, og at indgåelsen af denne kontrakt derfor kunne ske uden at følge udbudsreglerne, der først trådte i kraft den 1. juli 1993. Indklagede har endvidere gjort gældende, at vognmand John Mortensens efterfølgende salg af dele af sin vognmandsvirksomhed inklusiv renovationskørselen i Hasle Kommune til vognmand Lennart Ipsen heller ikke indebærer nogen tilsidesættelse af udbudsreglerne, idet en vognmand frit kan overdrage sin virksomhed eller en del heraf med tilhørende kontrakter om løbende arbejdsopgaver.

Klagesagen har været behandlet mundtligt på et møde i Klagenævnet den 29. september 1994.

Direktør Erling Malmqvist har forklaret, at han den 29. juni 1993 afholdt et møde med de 7 vognmænd om indgåelse af kontrakter med dem for en ny periode. Interessentskabet lagde op til en ny 5-årig periode, men vognmændene ønskede af hensyn til afskrivningen af materiellet en kontrakt gældende for en 8-årig periode, og det accepterede interessentskabet. På mødet blev der opnået principiel enighed om en fortsættelse af kontraktsforholdet mellem interessentskabet og de 7 vognmænd, idet der efter lidt forhandling skete en nedregulering af taksterne. Det blev endvidere drøftet, om der var interesse for at oprette et Renholdelsesaktieselskab med interessentskabet og vognmændene som aktionærer. Interessentskabets bestyrelse havde tilkendegivet, at interessentskabets egen kørselsafdeling skulle privatiseres, og denne kørselsafdeling kunne så indgå i det nye aktieselskab, som ligeledes kunne overtage administrative opgaver fra vognmændene. De to punkter, der blev drøftet på mødet, - fornyelsen af kontrakterne og den eventuelle oprettelse af et aktieselskab - hang sammen, men han gjorde sig ingen nærmere overvejelse om, hvorledes de hang sammen. I august 1993 modtog interessentskabet en melding fra Kommunernes Landsforening om, at ideen med oprettelse af et aktieselskab ikke kunne gennemføres, og dermed var dette spørgsmål ude af billedet. Der var i bestyrelsen uvilje mod, at vognmand John Mortensen skulle fortsætte, fordi der havde været en del klager. Vurderingen var, at der ikke var en ordentlig ledelse af personalet, og han havde på et tidligere tidspunkt talt med John Mortensen om en strammere ledelse i firmaet. I forbindelse med fornyelsen af kontrakterne blev det besluttet at sikre den tilstrækkelige

kvalitet af renovationen i Hasle Kommune, og han bad derfor John Mortensen om en samtale, der fandt sted den 19. juli 1993. Han stillede John Mortensen over for valget mellem at fusionere med et af de andre vognmandsfirmaer eller sælge renovationen til en anden virksomhed og så selv blive ansat i denne virksomhed. John Mortensen sagde hertil, at salg så nok var løsningen, hvis han kunne blive sikret ansættelse hos køberen i den 8 års periode. Han tilkendegav John Mortensen, at kontrakten ikke ville blive fornyet, hvis John Mortensen ikke valgte et af de to alternativer. Han overlod således initiativet til John Mortensen, men tilkendegav også, at kontrakten ville blive fornyet, hvis et af de to alternativer blev fulgt. Efter at have modtaget advokat Preben Simonsens skrivelse af 6. september 1993, kontaktede han telefonisk advokaten og orienterede ham om, hvordan situationen var, og få dage efter fik han en tilbagemelding fra advokaten om, at John Mortensen var indforstået med at sælge sin virksomhed.

Vognmand John Mortensen har forklaret, at det på mødet den 29. juni 1993 blev tilkendegivet, at de 7 vognmænds kontrakter ville blive fornyet til de aftalte priser. På mødet den 19. juli 1993 sagde direktør Malmqvist til ham, at han ville få svært ved at få sin kontrakt fornyet, fordi der havde været for mange klager. Der var ikke på mødet den 29. juni 1993 sagt noget som helst herom, og det kom som en stor overraskelse for ham, da han efter mødet den 29. juni 1993 havde regnet med, at fornyelsen af kontrakten var i orden. Direktør Malmqvist sagde endvidere på mødet den 19. juli til ham, at han kunne sælge sin forretning, og i så fald ville kontrakten kunne fornyes. Da han modtog interessentskabets skrivelse af 31. august 1993, opfattede han denne skrivelse som en opsigelse.

Vognmand Kenn Sonne har forklaret, at han har drevet vognmandsvirksomhed siden 1988. Han vidste, at der blev forhandlet mellem interessentskabet og vognmændene om en fornyelse af kontrakterne.

På et tidspunkt hørte han fra en af vognmændene, at vognmand John Mortensens kontrakt ikke ville blive fornyet. Hvis renovationen i Hasle Kommune var blevet udbudt, ville han have budt på den.

Klagenævnet udtaler:

Det fremgår af de oplysninger, som Klagenævnet har tilvejebragt i forbindelse med behandlingen af vognmand Kenn Sonnes klage, at Bornholms Fælleskommunale Affaldsbortskaffelse I/S efter mødet med vognmændene den 29. juni 1993 og efter ikrafttrædelsen pr. 1. juli 1993 af bekendtgørelse nr. 415 af 22. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter om offentlige indkøb af tjenesteydelser i De Europæiske Fællesskaber over for vognmand John Mortensen gjorde det til en betingelse for indgåelse af en kontrakt om renovationen i Hasle Kommune for perioden 1. januar 1994 - 31. december 2001, at vognmand John Mortensen enten solgte denne del af sin virksomhed til en vognmand, som interessentskabet kunne godkende, eller fusionerede sin virksomhed med en af de øvrige 6 vognmænd, som havde kontrakt med interessentskabet om renovation i den nævnte periode. I hvert fald under disse omstændigheder findes der ikke af interessentskabet at være ført bevis for, at der inden den 1. juli 1993 mellem interessentskabet og vognmand John Mortensen var indgået en endelig aftale om renovationen i Hasle Kommune for den nævnte periode. Interessentskabet har således tilsidesat reglerne om offentligt udbud vedrørende renovationen i Hasle Kommune ved efter den 1. juli 1993 dels at indgå en aftale med vognmand John Mortensen om denne tjenesteydelse, dels i sammenhæng hermed at godkende vognmand John Mortensens overdragelse af sine rettigheder i henhold til kontrakten med interessentskabet til vognmand Lennart Ipsen.

Som følge af det anførte annullerer Klagenævnet disse beslutninger.

Herefter bestemmes:

Bornholms Fælleskommunale Affaldsbortskaffelse I/S's beslutninger om at indgå aftale med vognmand John Mortensen om renovationen i Hasle Kommune for perioden 1. januar 1994 - 31. december 2001 og om at godkende John Mortensens overdragelse af sine rettigheder i henhold til denne kontrakt til Lennart Ipsen annulleres.