

K E N D E L S E

A-Vask A/S
(advokat John Emil Lyngfeldt Svenson, København)

mod

Høje Taastrup Kommune
(selv)

Den 21. februar 2014 iværksatte Høje Taastrup Kommune en frivillig annoncering af en kontrakt om udførelse af måtteservice, som omfatter leje, vask, levering af måtter samt udskiftning af defekte måtter på en række adresser i kommunen. Annoncen blev offentliggjort på www.udbud.dk. Der er tale om en kontrakt med en varighed på 4 år med en option på forlængelse i 2 x 12 måneder. Den anslåede værdi af kontrakten er 1,2 mio. kr. inklusive værdien af optioner. Der er mellem parterne enighed om, at der er tale om en bilag II B tjenesteydelse.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 14. marts 2014 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

- A-Vask A/S, Taastrup
- Berendsen Textil Service A/S, Søborg
- De Forenede Dampvaskerier A/S, Gentofte
- Rentokil Initial A/S, Glostrup

- Adam Vask A/S, Rødovre

Den 21. marts 2014 meddelte Høje Taastrup kommune tilbudsgiverne, at kommunen havde truffet beslutning om at tildele den udbudte kontrakt til Berendsen Textil Service A/S.

Den 1. maj 2014 indgav A-Vask A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Høje Taastrup Kommune, der i sit svarskrift påstod klagen afvist og afvisningspåstanden udskilt til særskilt behandling, hvilket A-Vask A/S var enig i. Den 11. juni 2014 meddelte klagenævnet parterne:

”Henset til sagens størrelse og de nedlagte påstandes begrænsede omfang, vil sagens formalitet blive behandlet samtidig med realiteten i sagen.”

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

A-Vask A/S har nedlagt følgende påstande vedrørende realiteten i sagen:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Høje Taastrup Kommune har handlet i strid med de EU-retlige principper om gennemsigtighed og forbud mod forskelsbehandling.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Høje Taastrup Kommunes beslutning om at tildele kontrakten til Berendsen Textil Service A/S.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal udstede et påbud om Høje Taastrup Kommunes lovliggørelse af udbudsforretningen.”

Høje Taastrup Kommune har principalt påstået klagen afvist under henvisning til, at opgaven ikke var udbudspligtig, idet den er omfattet af udbudsdirektivets bilag II B og ikke havde klar grænseoverskridende interesse. Høje Taastrup Kommune har subsidiært nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne (udaterede) er blandt andet anført følgende:

”1. Indledning

...

Høje-Taastrup Kommune har en udstrækning på ca. 78 km² og har ca. 48.000 indbyggere. Kommunen har 123 enheder og er beliggende i hovedstadsområdets vestegn. Kommunen omfatter byerne Taastrup, Høje-Taastrup, Sengeløse, Fløng, Hedehusene og Reerslev. Kommunen er beliggende i Region Hovedstaden og er præget af stadig udvikling.

Der lejes og vaskes p.t. ca. 510 måtter fordelt på forskellige målestørrelser og på ca. 135 leveringsadresser.

Det er hensigten, at dette udbud skal føre til en obligatorisk kontrakt for en periode af 4 år med option på 2 x 12 måneder mellem ordregiver og én tilbudsgiver.

...

3. Udbuddets omfang

Udbuddet omfatter levering af nylon/kunststofmåtter. ...

...

3.1 Kontraktperiode og optioner

Ordregiver ønsker at indgå en 4-årig kontrakt med option på forlængelse i op til 2 gange 12 måneder. Kontrakten kan ved skriftligt varsel på 3 måneder til kontraktøver forlænges op til 12 måneder ad gangen.

...

4. Udbudsproceduren

4.1 Udbudsform

Udbuddet gennemføres som et annonceringsudbud i henhold til Lov om tilbudsindhentning...

...

I tildelingsfasen foretages en konkret vurdering og sammenligning af de indkomne tilbud og på baggrund heraf besluttet det, hvilken tilbudsgiver der skal have tildelt kontrakten. Tildelingen vil ske på baggrund af de angivne tildelingskriterier i afsnit 4.4.

...

4.4 Tildelingskriterier ved valg af tilbud

Valg af leverandør vil ske på grundlag af en samlet vurdering af tilbuddet ud fra bl.a.:

- Pris 60 %
- Kvalitet 40 %, herunder:

- Service 50 %
- Levering 50 %

...

4.5 Tilbudsbetingelser og formkrav

...

4.5.1 Underleverandører

Ønsker tilbudsgiver at lade kontrakten udføre helt eller delvis ved underleverandør skal der skriftligt redegøres for hvor stor en del af kontrakten, der påregnes udført ved hver enkelt underleverandør samt underleverandørens navn og CVR nr. Tilbudsgiver hæfter for underleverandørers leverancer som leverancen var udført af tilbudsgiver selv.

...

4.5.2 Sprog

Tilbuddet skal udfærdiges på dansk. Bilag der er væsentlige for tilbuddet skal være på dansk, mens bilagsmateriale af generel karakter, herunder f.eks. dokumentation for miljøcertificeringer, kan være på dansk, svensk, norsk eller engelsk.

...

4.11 Vareprøver

Der skal i forbindelse med aflevering af tilbuddet leveres et eksemplar af de tilbudte måtter i størrelse 85 x 150 cm. ...”

Af kravspecifikationen til måtteservicen fremgår blandt andet:

”Levering og udskiftningsfrekvens

... Snavsede måtter indsamles ved hvert skift af tilbudsgiver på de anvisede pladser.

...

Udskiftningsfrekvens

Måtteskift skal foretages hver anden uge i følgende måneder:

Januar, februar, marts, april, september, oktober, november og december

Måtteskift skal foretages hver fjerde uge i følgende måneder:

Maj, juni, juli og august

...

Særligt om skolerne

På skolerne skal der foretages måtteskift i ulige uger.

...”

Af kravspecifikationen fremgår endvidere følgende krav til de chauffører, der skal udføre opgaven:

”

- Skal være hjælpsom
- Skal kunne kommunikere på dansk
- Skal bære genkendelig arbejdsbeklædning...
- Tilbudsgiver er forpligtet til at indhente den almindelige straffeattest...”

Under annonceringsprocessen blev der stillet en række spørgsmål til Høje Taastrup Kommune, herunder spørgsmål 3:

”4.4 Tildelingskriterier ved valg af tilbud

Det ønskes uddybet hvordan Høje-Taastrup Kommune vurderer kvalitet (herunder service og levering)? Ud fra hvilke parametre vurdere kommunen således service og levering?”

Høje Taastrup Kommune besvarede spørgsmålet således:

”Korrekt antal måtter i korrekte mål, aftalt tidspunkt for måtteskift overholdes, måtter placeres på anvist plads på den rigtige adr/plads=institution/skole mm

Følgeseddel afleveres samtidig med måtteskift (jfr. pkt. 11 i kontraktudkast)

Al kontakt om måttebestilling/-ændring/-afgang skal godkendes af Rengøringsafsnittet (jfr. pkt. 8 i kontraktudkast)

Kvalitative mindstekrav – jfr. bilag 3 -skal opfyldes.

Al måttebestilling/-ændring/-afgang skal efterfølges af en kvittering fra leverandør via mail til medarbejder i Rengøringsafsnittet, der har rettet henvendelse vedr. bestilling/ændring/afgang. Af kvitteringen skal fremgå den aftalte bestilling/ændring herunder 1. leveringstidspunkt/afgang (jfr. pkt. 8 i kontraktudkast)

I øvrigt henvises til krav i bilag 3 samt kontrakten. Samt at vi vurderer måttekvaliteten ud fra den leverede vareprøve.”

I tildelingsbeslutningen meddelte Høje Taastrup Kommune blandt andet:

”For kriteriet kvalitet har vi bl.a. vurderet ud fra referencer og vareprøven. Her har vi vurderet, at måtten er god, men dels er størrelsen en anelse større end de angivne mål og dels har vi vurderet, at luven ikke er så løs som måtterne fra den vindende tilbudsgiver. Dette er en væsentlig forskel, idet snavsabsorberingen bevirker, at arbejdsprocessen blandt andet i forbindelse med vedligeholdende støvsugning bliver forlænget i forhold til det nuværende tidsforbrug. Derfor er der en mindre forskel mellem tilbuddet fra jer, og tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver.

Samlet set betyder det, at der er en mindre forskel i den samlede, vægtede score på 0,3 point i Berendsens favør. Berendsen opnåede en samlet, vægtet score på 8,67 point.

Den vægtede pointtildeling for jeres tilbud kan I se herunder. Skalaen, der er afgivet point ud fra, er 1-10, hvor 10 er bedst.

Pris: 5,99

Kvalitet: 2,40

I alt: 8,39”

Af Høje Taastrup Kommunes evalueringsnotat ”Vurdering af prøvemåtte, der er afleveret sammen med tilbudsmaterialet” fra marts 2014 fremgår det:

Tilbudsgiver Vurderingskriterier	A-Vask	Po- int	De Forenede Dampvaske- rier A/S	Po- int	Berend- sen Tekstil Service A/S	Po- int
Måttemål	Måttemål afvi- ger ift. krav i udbudsmateria- le, hvilket er uhensigtsmæs- sig ift måttens placering på pladser	0	Måttemål OK ift ud- budsmateria- le	10	Måtte- mål OK ift ud- budsmate- riale	10
Støvsugning	Måtte svær at støvsuge pga løs/tæt/lav luv	5	Måtte efter- lader grus mm på gul- vet, når måt- ten flyttes, da måtten er svær at støv- suge pga	0	Måtten Ok at støvsuge pga løse luv, hvor det er muligt at støvsuge	10

			fast/tæt/lav luf		grus mm op af måtten	
Absorbering	Måtte absorberer ikke tilfredsstillende ved påhældning af vand	5	Måtte absorberer ikke tilfredsstillende ved påhældning af vand	0	Måtte absorberer ved påhældning af vand	10
Luf	Måtte har løs/tæt/lav luf – ikke optimal	5	Måtte har fast/tæt/lav luf – ikke optimal	0	Måtte har løs luf – OK	10
Skridsikker	Måtte rykker sig ved hop på måtte	5	Måtte ligger OK fast ved hop på måtte	8	Måtte ligger fast ved hop på måtte	10
Samlet vurdering		20		18		50

Pointgivning 0 – 10, hvor 10 er bedst.

Ud fra ovennævnte vurdering, er det rengøringsafsnittets vurdering, at måtteprøve fra Berendsen Tekstil Service A/S har bedst kvalitet.”

Indklagede har oplyst, at yderligere 4 virksomheder skaffede sig adgang til Høje Taastrup Kommunes annonceringsbetingelser uden dog at byde på opgaven. Det drejer sig om følgende 4 virksomheder, der alle har forretningsadresse i Danmark:

”

Virksomhed	Adresse
Milles Vask	... Bjæverskov
DO Trading	... Rødovre
Xtra Måtteservice A/S	... Holsted
Vrå Dampvaskeri A/S	... Vraa

”

Indklagede har også oplyst, at ingen udenlandske virksomheder skaffede sig adgang til udbudsbetingelserne.

Parternes anbringender

Ad formaliteten

Høje Taastrup Kommune har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at klagenævnet ikke har saglig kompetence til at behandle klagen, da denne omhandler tildeling af en tjenesteydelseskontrakt, som er omfattet af bilag II B i udbudsdirektivet og ikke har en klar grænseoverskridende interesse.

Det er således henset til den årlige kontraktværdi på ca. 200.000 kr. og de forventelige logistikomkostninger forbundet med en opfyldelse af kontrakten fra et forretningssted i udlandet både udokumenteret og usandsynligt, at kontrakten har en grænseoverskridende interesse.

A-Vask A/S har gjort gældende, at indklagedes annoncering har en klar grænseoverskridende interesse. Det er i den forbindelse ikke et krav, at tilbudsgiveren skal besidde særlige faglige kvalifikationer eller særlige dansk kundskaber for at udføre opgaven, idet en udenlandsk leverandør efter udbudsbetingelsernes pkt. 4.5.1 vil kunne udføre ydelserne under kontrakten ved at antage en underleverandør. Dertil kommer, at kontraktens varighed på 4 år med option på yderligere 2 år og dens betydelige værdi på 1,2 mio. kr. støtter opfattelsen af, at der er tale om en kontrakt med klar grænseoverskridende interesse.

Der findes således udenlandske leverandører, herunder en leverandør i Kiel, der leverer måtteservice til kunder på Sjælland, hvilket viser, at markedet for måtteservice ikke kun begrænser sig til Danmark. Endvidere vil en leverandør fra eksempelvis Malmø have lettere ved rent geografisk at udføre opgaven end en leverandør fra Jylland. Indklagede har endvidere i udbudsbetingelserne givet muligheden for at fremlægge dokumentation for miljøcertificeringer på andre sprog end dansk.

Samlet set medfører de angivne forhold, at der er tale om en klar grænseoverskridende interesse, og klagenævnet har derfor kompetence til at behandle klagen.

Ad påstand 1

A-Vask A/S har gjort gældende, at Høje Taastrup Kommune har tilsidesat de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder princippet om

forbud mod forskelsbehandling og princippet om gennemsigtighed ved tilbudsevalueringen og tildelingen af kontrakten.

Høje Taastrup Kommune har *for det første* lagt vægt på forhold, der ikke er oplyst i udbudsbetingelserne. Det fremgår således ikke af udbudsbetingelserne, at vareprøver skal indgå i evalueringen af tilbuddet i forhold til underkriteriet ”Kvalitet”, og delkriterierne ”Levering” og ”Service” kan ud fra en sproglig fortolkning ikke indeholde en kvalitativ bedømmelse af klagerens vareprøver.

Det forhold, at Høje Taastrup Kommune i besvarelsen af spørgsmål 3 meddelte, at vareprøverne skulle indgå i vurderingen af ”Måttekvalitet” medfører ikke, at vareprøverne herefter kan inddrages under underkriteriet ”Kvalitet”. Dette ville forudsætte, at pkt. 4.4 i udbudsbetingelserne blev omskrevet, således at ”Kvalitet” også indeholdt et underkriterium [delkriterium] benævnt ”Evaluering af vareprøve” (eller lignende), herunder med en tilhørende procentuel vægtning.

Høje Taastrup Kommune har *for det andet* i besvarelsen af spørgsmål 3 undladt at oplyse, hvordan evalueringen af vareprøverne skal foregå, herunder hvilken vægtning vareprøverne skal have i den samlede evaluering af underkriteriet ”Kvalitet”. Endvidere fremgår det ikke, hvordan ”Service” og ”Levering” skal evalueres eller vægtes, idet besvarelsen på spørgsmål 3 reelt kun omhandler en beskrivelse af kontraktuelle forhold. Spørgsmål 3 opfylder ikke principperne om gennemsigtighed, idet hverken A-Vask A/S eller andre tilbudsgivere har kunnet gennemskue, hvordan den endelige tilbudsevaluering ville foregå. Endvidere indebærer Høje Taastrup Kommunes anvendelse af ordet ”blandt andet” ved angivelsen af underkriterier i udbudsbetingelsernes punkt 4.4, at der opstår en generel uklarhed om omfanget og rækkevidden af underkriterierne, jf. eksempelvis klagenævnets kendelse af 2. maj 2000, Uniqsoft 1998 ApS mod Odense Kommune.

Høje Taastrup Kommune har *for det tredje* anvendt en pointmodel med en skala fra 0-10 i evalueringsrapporten, mens der ifølge tildelingsbeslutningen er anvendt en pointmodel med en skala fra 1-10. A-Vask A/S fik karakteren ”0” ved Høje Taastrup Kommunes evaluering af ”Måttemål”. Denne karaktergivning er i ikke i overensstemmelse med den pointmodel, der er oplyst i tildelingsbeslutningen, hvilket strider imod principperne om forbud mod forskelsbehandling og principperne om gennemsigtighed.

Høje Taastrup Kommune har *for det fjerde* foretaget en usaglig evaluering af – efter det oplyste – identiske vareprøver indleveret af henholdsvis A-Vask A/S og den vindende tilbudsgiver. Berendsen Textil Service A/S har således modtaget over dobbelt så mange point som A-Vask A/S. I en sådan situation, hvor Høje Taastrup Kommunes redegørelse for valget af evalueringsmodel og/eller for den foretagne bedømmelse af tilbuddene er uklar, og resultatet – også henset til indholdet af tilbuddene – forekommer påfaldende, er det op til Høje Taastrup Kommune at bevise, at kontrakten desuagtet er tildelt i overensstemmelse med det fastsatte tildelingskriterium og de tilhørende underkriterier.

Høje Taastrup Kommune har gjort gældende, at for det tilfælde, at klagenævnet har kompetence til at behandle klagen, omfatter klagenævnets kompetence alene en prøvelse af, om grundlæggende principper i EUF-traktaten er overtrådt.

Det er fastslået af EU-Domstolen i sag C-324/98, *Telaustria Verlags GesmbH*, at de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, er forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed, og at dette princip navnlig indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes. Denne gennemsigtighedsforpligtelse består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelser for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske.

Klagenævnets kompetence er på den baggrund begrænset til en prøvelse af, om indklagedes udbudsprocedure var upartisk derved, at indklagede har overtrådt forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, og om gennemsigtigheden var tilstrækkelig til, at Høje Taastrup Kommune kunne sikre sig, at dette princip blev overholdt. Endvidere gør Høje Taastrup Kommune gældende, at denne gennemsigtighedsforpligtelse ikke kan udstrækkes til forhold, som ikke er relevante og nødvendige for en kontrol af, om forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet er overholdt.

Gennemsigtighedsforpligtelsen er således forskellig fra gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, der skal muliggøre, at det kan fastslås, at ligebehandlingsprincippet er blevet overholdt, herunder ved at sikre, at udbudsprocedurerne er upartiske, jf. sag C-448/01, EVN AG og Wienstrom GmbH, præmis 31.

Det er derfor ikke relevant for en prøvelse i forhold til forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og den relevante gennemsigtighedsforpligtelse, hvorvidt a) der manglede oplysninger om vareprøver, b) der manglede gennemsigtighed om vægtningen af underkriterier, c) evalueringen gjorde fejlagtig brug af en pointmodel, og d) evalueringen var usaglig, som anført af A-Vask A/S.

Hertil kommer, at en eventuel manglende gennemsigtighed om vareprøver og vægtning af underkriterier efter sin karakter i øvrigt ville være til samme ulempe for alle tilbudsgivere uanset nationalitet, og at en konstatering af forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i forbindelse med Høje Taastrup Kommunes brug af en pointmodel og evaluering synes at være udelukket allerede derved, at ingen udenlandske tilbudsgivere afgav tilbud.

Høje Taastrup Kommune har i anden række bestridt, at det var uigennemsigtigt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere, at bedømmelsen af vareprøver ville indgå i tildelingen, herunder ikke mindst når kommunens besvarelse af spørgsmål 3 tages i betragtning.

Ad påstand 2 og 3

A-Vask A/S har gjort gældende, at Høje Taastrup Kommune har overtrådt meget væsentlige og grundlæggende EU-retlige principper. Kravene om ligebehandling og gennemsigtighed er helt essentielle i forhold til overholdelse af udbudsretten. Overtrædelsen bør derfor medføre, at Høje Taastrup Kommunes tildelingsbeslutning annulleres, og at der udstedes et påbud om kommunens lovliggørelse af udbudsforretningen.

Høje Taastrup Kommune har ikke fremført egentlige anbringender vedrørende påstand 2 og 3 ud over, at eventuelle overtrædelser af udbudsreglerne efter deres karakter ikke har påvirket udfaldet af den frivillige annoncering.

Klagenævnet udtaler:

Der er mellem parterne enighed om, at den omhandlede ydelse er en tjenesteydelse omfattet af udbudsdirektivets bilag II B. Hvis en kontrakt om en ydelse omfattet af bilag II B har en klar grænseoverskridende interesse, skal ordregiveren sikre, at traktatens grundlæggende bestemmelser om blandt andet den frie etableringsret og tjenesteydelseernes fri bevægelighed samt de deraf udledte principper om forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og det EU-retlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip respekteres. Dette følger af EU-Domstolens praksis, der er nærmere omtalt i klagenævnets kendelser af 4. februar 2013, SDI Media A/S mod DR, og af 6. marts 2014, G4S Security Services A/S mod Region Syddanmark.

Høje Taastrup Kommune har oplyst, at ingen udenlandske virksomheder afgav tilbud på den annoncerede opgave, eller under annonceringsprocessen tilkendegav at have interesse for opgaven. På den baggrund og henset til det oplyste om den begrænsede økonomiske værdi af kontrakten, samt at måttehåndteringen kræver jævnlig fysisk tilstedeværelse af en chauffør, der kan kommunikere på dansk, finder klagenævnet ikke, at kontrakten frembød en sådan interesse for tjenesteydere i andre EU-lande, at kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse. Det forhold, at der kunne være en generel interesse fra et firma i Kiel for det danske marked for måttehåndtering, og at Malmø ligger i relativt kort afstand fra indklagedes adresse i Høje Taastrup, kan ikke i sig selv føre til en anden vurdering.

A-Vask A/S' påstand 1 om, at de af EUF-traktaten afledte principper er overtrådt, og påstand 2 – 3, der forudsætter, at der konstateres en overtrædelse i relation til påstand 1, tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Hver part bærer egne omkostninger.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig