

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Forenede Service A/S
(selv)

mod

Gentofte Kommune
(advokat Vibeke Fabricius Nordlander, København)

Klagenævnet har den 6. februar 2020 modtaget en klage fra Forenede Service A/S ("Forenede Service").

Forenede Service har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Gentofte Kommune har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 3 og svarskrift med bilag A - D.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Gentofte Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i kontrakten på tjenesteydelserne rengøringsservice og vinduespolering på udvalgte adresser i Gentofte Kommune i bilag 3 – 191206 Udkast til Kontrakt – Gentofte Kommune - Kontraktbilag 3: Kravspecifikation – Generelle krav, punkt 3.7 Miljø/arbejds miljø, at have stillet som mindstekrav, ”Arbejds miljø-fremmende teknologi, som leverandøren har anført i punkt 1 i kontraktbilag 4 og Bæredygtig leverance, som leverandøren har anført i punkt 1 i kontraktbilag 4 samt Redegørelse og dokumentation for arbejds miljøfremmende teknologi og bæredygtig leverance”, uagtet at disse krav efter deres beskaffenhed ikke er egnet som mindstekrav.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Gentofte Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 66, stk. 2, 2. punktum samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, ved i punkt 6.2.2 Forhandlingskrav og mindstekrav i bilag 3 - 191206 Kontraktbilag 2 - Udbuds betingelser - Gentofte Kommune, at have bestemt, at de fastsatte mindstekrav til Arbejds miljøfremmende teknologi/ Bæredygtig leverance, der af Leverandøren skal beskrives i punkt 1 i kontraktbilag 4C, indgå i forhandlingerne af konkurrenceparameteret jf. underkriterierne i punkt 5.2, herunder punkt 5.2.3 Arbejds miljø-fremmende teknologi/bæredygtig leverance, grundet de fastsatte mindstekrav i bilag 3 – 191206 Udkast til Kontrakt – Gentofte Kommune - Kontraktbilag 3: Kravspecifikation – Generelle krav, punkt 3.7 Miljø/arbejds miljø ikke kan forhandles.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Gentofte Kommunes igangværende begrænsede udbud med forhandling af den udbudte kontrakt på tjenesteydelserne rengøringsservice og vinduespolering på udvalgte adresser i Gentofte Kommune, jf. udbudsbekendtgørelse EU 2019/S 238-583930 af 10. december 2019 bilag 1, da det igangværende udbud er i strid med udbudslovens §§ 2 og 66, stk. 2, 2. punktum.”

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2019/S 238-583930 af 6. december 2019 offentliggjorde Gentofte Kommune på vegne kommunen og en række selvejende institutioner et begrænset udbud med forhandling efter udbudsloven af en kontrakt om rengøringsservice og vinduespolering på bl.a. skoler/SFO'er, dagsinstitutioner, fritidscentre, klubber, ungdomsklubber, idrætshaller, svømmehaller, biblioteker, administrative bygninger, tandklinikker, væresteder, genbrugspladser og offentlige toiletter i Gentofte Kommune.

Kontrakten er opdelt i fem delaftaler hver med en varighed på fem år. Delaftalerne har ifølge udbudsbekendtgørelsen tilsammen en anslået værdi på 320 mio. kr.

Tilbudsfristen for endelige tilbud er foreløbigt fastsat til den 29. maj 2020, og det forventes, at tildeling af kontrakterne finder sted i uge 28.

I udbudsbetingelserne hedder det bl.a.:

”1.5 Udbudsform og-proces

...

Udbuddet gennemføres som et udbud med forhandling i henhold til udbudslovens §§ 61 til 66 (lov nr. 1564 af 15. december 2015).

...

Ordregiver vil efter udløbet af ansøgningsfristen opfordre de ansøgere, som opnår prækvalifikation til at afgive et indledende tilbud. Efter modtagelse af indledende tilbud afholder ordregiver forhandlingsmøder med alle tilbudsgivere i henhold til punkt 7.6-7.8. Det indledende tilbud er første forhandlings-tilbud.

...

Efter afslutningen af forhandlingerne opfordres tilbudsgiverne til at afgive endeligt tilbud. Endeligt tilbud vil blive evalueret i henhold til punkt 5 i nærværende udbudsbetingelser. På baggrund af evalueringen vil kontrakterne blive tildelt de tilbudsgivere, der har afgivet tilbuddene med bedste forhold mellem pris og kvalitet.

...

2.1 Udbudsgrundlag

Tilbudsgiver skal afgive tilbud ud fra det samlede udbudsmateriale, der består af:

- Udkast til kontrakt – Gentofte Kommune, med følgende bilag:
 - Kontraktbilag 1: Rettelsesskrivelse med spørgsmål-svar (selvstændigt bilag)
 - Kontraktbilag 2: Udbudsbetingelser (selvstændigt bilag)
 - A. Omfattede lokationer og opdelingen i delaftaler (selvstændigt bilag)
 - B. Evalueringsmetode
 - C. Besigtigelse (selvstændigt bilag)
 - D. Medarbejderspecifikation
 - E. Forhandlingsemner og cost drivers (selvstændigt bilag)
 - Kontraktbilag 3: Kravspecifikation, med følgende bilag:
 - A. Kvalitetsprofiler – rengøring (selvstændigt bilag)

- B. Objektliste – rengøring (selvstændigt bilag)
 - C. Kravspecifikation for ekstraopgaver – rengøring (selvstændigt bilag)
 - D. Kalkulationsoplysningsskemaer (selvstændige bilag)
 - E. Plantegninger (selvstændige bilag)
 - F. Lokalefortegnelser i PDF-format (selvstændige bilag)
 - G. Kravspecifikation vinduespolering – generelle krav (selvstændigt bilag)
 - Kontraktbilag 4: Leverandørens tilbud (se yderligere i punkt 6)
 - A. Leverandørens vederlag
 - B. Leverandørens ledelse og samarbejdsform, kvalitetssikring og uddannelse
 - C. Leverandørens arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance
 - D. Leverandørens implementeringsplan
 - Udbudsbekendtgørelse
 - Samt online ESPD i CTM-systemet
- ...

5.1 Tildeling af kontrakter

Tildeling af kontrakter vil ske til de tilbudsgivere, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra tildelingskriteriet:

- Bedste forhold mellem pris og kvalitet

5.2 Underkriterier

Tilbud på rengøringsservice og vinduespolering evalueres for hver af de 5 del-aftaler på baggrund af følgende vægtede underkriterier:

Underkriterier		Vægtning i pct.
Vederlag	Se punkt 5.2.1 Vederlag	35
Ledelse og samarbejdsform, kvalitetssikring og uddannelse	Se punkt 5.2.2 Ledelse og samarbejdsform, kvalitetssikring og uddannelse	35
Arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance	Se punkt 5.2.3 Arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance	20
Implementeringsplan	Se punkt 5.2.4 Implementeringsplan	10

...

5.2.3 Arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance

Ordregiver støtter op om FN's Verdensmål for bæredygtig udvikling. Ordregiver søger innovative løsninger på de arbejdsmiljøudfordringer og miljøbelastninger, som typisk ses i rengørings- og vinduespoleringsleverancer. Det er derfor af stor vigtighed for ordregiver, at ordregivers fremtidige leverandører aktivt vil benytte arbejdsmiljøfremmende teknologi og fremme en bæredygtig rengørings- og vinduespoleringsleverance.

Til brug for evalueringen af underkriteriet "arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance" anvendes en samlet bedømmelse af:

	Delkriterier	Forhold der tillægges betydning ved evalueringen
		Generelt: I vurderingen af besvarelsene af nedenstående delkriterier lægges der vægt på, at den enkelte besvarelse er konkret, forpligtende og specifik i forhold til den udbudte kontrakt, fx at der beskrives konkrete handlinger, der er relevante i forhold til delkriteriet og kontraktgenstanden. Det vægtes positivt jo flere relevante forhold den enkelte besvarelse omfatter og jo bedre besvarelsen sandsynliggør en bæredygtig leverance med arbejdsmiljøfremmende teknologi.
1.	<u>Arbejdsmiljøfremmende teknologi:</u> Leverandørens forpligtende anvendelse af arbejdsmiljøfremmende teknologi i forbindelse med varetagelsen af de(n) konkrete kontrakt(er) for ordregiver.	Det vægtes positivt såfremt tilbudsgiverens løsning i størst muligt omfang indeholder forpligtende løsninger der begrænser ensidigt, belastende arbejde (EBA) og ensidigt, gentaget arbejde (EGA). Det vægtes i den forbindelse særligt positivt, hvis løsningen indeholder udpræget brug af maskiner, udstyr og teknologiske værktøjer, der fremmer arbejdsmiljøet.
2	<u>Bæredygtig leverance:</u> Leverandørens forpligtende løsninger til at fremme en bæredygtig rengørings-	Det vægtes positivt såfremt tilbudsgiverens løsning i størst muligt omfang begrænser brugen af konventionelle rengøringsmidler til gavn for miljøet. Det vægtes ligeledes positivt såfremt løsningen indeholder andre kvalificerede og forpligtende tiltag, der begrænser leverandørens miljøaftryk mest muligt.

	og vinduespøle- ringsleverance på de(n) konkrete kontrakt(er) for ordregiver.	
--	---	--

Besvarelsene af delkriterium 1 og 2 under underkriteriet ”arbejds miljøfrem-
mende teknologi/bæredygtig leverance” afgives på kontraktbilag 4C: Leveran-
dørens arbejds miljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance, jf. punkt 6.5.

Tilbudsgiverens besvarelse af ovenstående vil indgå som et forpligtende kon-
traktvilkår i den endelige kontrakt.

...

6.2.2 Forhandlingskrav og mindstekrav

Udbudsmaterialets udkast til kontrakt – Gentofte Kommune med kontraktbilag
3 samt underbilag til kontraktbilag 3 er forhandlingskrav, dog undtaget føl-
gende som er mindstekrav:

- ...
- Kontraktbilag 3 – Generelle krav, punkt 3.7 Miljø/arbejds miljø
- ...

Mindstekrav er hvor muligt angivet indledningsvis med MK: og ramme om
relevant krav.

Øvrige krav i kontrakten og kontraktbilag 3 samt underbilag til kontraktbilag
3 er forhandlingskrav, som under overholdelsen af ligebehandlings- og gen-
nemsigtighedsprincippet kan ændres eller tilpasses under forhandlingsforløbet.

Kontraktbilag 2 i form af nærværende udbudsbetingelser kan der ikke kan for-
handles om. Det bemærkes dog at der kan forhandles om tilbudsgivers besva-
relse af konkurrenceparametrene i punkt 5.2.

...

6.2.4 Endeligt tilbud

...

Endeligt tilbud må ikke indeholde forbehold over for mindstekrav eller grund-
læggende elementer i udbudsmaterialet. Forbehold over for mindstekrav eller
grundlæggende elementer i udbudsmaterialet medfører, at endeligt tilbud ikke
er konditions mæssigt.

...

7.6 Forhandlingsforløbet

Ordregiver afholder individuelle forhandlinger med alle tilbudsgivere. Formålet med forhandlingerne er, at ordregiver gennem forhandlingerne med tilbudsgiverne kan søge at få optimeret og målrettet de afgivne tilbud til ordregivers konkrete behov. Forhandlingerne forventes hermed at kunne udvikle og højne kvaliteten samt sikre bedre priser for ordregiver.

Forhandlingen kan omhandle alle dele af udbudsmaterialet, dog ikke kontraktbilag 2:

Udbudsbetingelser, ligesom der ikke kan forhandles om grundlæggende elementer og mindstekrav, jf. punkt 6.2.2. Forhandlingerne vil også omfatte tilbudsgivers tilbud.

...

7.7 Foreløbig dagsorden for forhandlingsmødet

Med forbehold forventer ordregiver at følgende punkter behandles på forhandlingsmødet:

- ...
- Tilbudsgivers løsning i kontraktbilag 4C: Leverandørens arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance
- ...”

I kontraktbilag 3, kravspecifikationen, står der bl.a.:

”Leverandøren skal levere rengøringsydelser i overensstemmelse med de krav og beskrivelser, der er fastsat i nærværende kravspecifikation.

...

3.7 Miljø/arbejdsmiljø

MK:

Leverandøren skal overholde den til enhver tid gældende arbejdsmiljølovgivning.

Det påhviler leverandøren straks at underrette ordregiver, såfremt denne modtager påbud i forhold til arbejdsmiljø. Endvidere kan ordregiver forlange, at leverandøren udarbejder handleplaner m.v. for at efterkomme Arbejdstilsynets krav.

Arbejdsmiljøfremmende teknologi:

Det er et krav at leverandøren, indenfor alle områder omfattet af denne kontrakt, skal arbejde målrettet på at undgå arbejdsskader, unødigt nedslidning og arbejdsbetingede lidelser. Det er derfor et krav, at arbejdet tilrettelægges således, at ensidig gentaget arbejde (EGA) og ensidigt belastende arbejde (EBA) i videst muligt omfang undgås.

Leverandøren er forpligtet til at anvende den arbejdsmiljøfremmende teknologi, som leverandøren har anført i punkt 1 i kontraktbilag 4C: Arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance.

Bæredygtig leverance:

Rengøringsservice skal udføres således, at materialer, maskiner, elektronisk udstyr, overflader og bygningskonstruktioner ikke pådrages skader. Der skal udvises omhu for at minimere rengøringens påvirkninger af overflader, indeklima, arbejdsmiljø samt påvirkning af brugerne af lokalerne.

Leverandøren er forpligtet til at fremme en bæredygtig rengørings- og vinduespoleringsleverance i overensstemmelse med det, som leverandøren har anført i punkt 1 i kontraktbilag 4C: Arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance.

Redegørelse og dokumentation for arbejdsmiljøfremmende teknologi og bæredygtig leverance:

En gang årligt senest hver den 1. maj (første gang 1. maj 2021) skal leverandøren aflevere en udførlig skriftlig redegørelse for den anvendte arbejdsmiljøfremmende teknologi og bæredygtige leverance.

Hvis leverandøren ikke kan dokumentere, at der leveres rengørings- og vinduespoleringsydelser i overensstemmelse med det af leverandøren tilbudte i punkt 1 i kontraktbilag 4C: Arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance, vil det være at betragte som misligholdelse i henhold til § 34. Gentagende mangelfuld efterlevelse af punkt 1 i kontraktbilag 4C vil være at betragte som væsentlig misligholdelse, der berettiger ordregiver til at ophæve kontrakten i henhold til § 37.”

Vedlagt kontraktudkastet var bilag 4C om leverandørens arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance, som tilbudsgiverne skulle udfylde og aflevere sammen med tilbuddet.

Frist for indlevering af ansøgning om prækvalifikation var fastsat til den 13. januar 2020 kl. 14.00. Forenede Service indleverede ikke anmodning om prækvalifikation inden for denne frist, idet virksomheden efter sagens oplysninger havde tekniske it-problemer og derfor ikke var i stand til at sende ESPD via det foreskrevne EU-Supply udbudssystem.

I en mail af 14. januar 2020 fra Forenede Service til Gentofte Kommune står der:

”...

Ovenstående mindstekrav [3.7] finder Forenede Service A/S som værende for upræcise, ikke objektivt konstaterbare, og underlagt et så vidt skøn at mindstekravene derfor anses som værende uegnede som mindstekrav, idet mindstekravet i det foranstående afhænger af en subjektiv, skønsmæssig vurdering.

Forenede Service A/S finder derfor at ordregiver ikke har formuleret mindstekravene, så det på objektivt grundlag vil være muligt for tilbudsgiverne at forudse om mindstekravet er opfyldt, idet leverandøren som anført selv skal definere, hvilke forhold der bydes ind med omkring Arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance.

...

Tilbudsgivernes beskrivelser i Kontraktbilag 4C, der ovenfor er anført vil [...] danne grundlag for den samlede evaluering jf. Kontraktbilag 2B: Evalueringsmetode, af de indkomne tilbud, der herefter skal danne grundlag for forhandling, hvilket vil være i strid med udbudsloven § 66, stk. 2.

Ordregiver kan derfor ikke foretage den foreskrevne skønsmæssige evaluering af de indkomne tilbud, hvor point tildeles efter størst mulig omfang af de tilbudsgivers anførte forpligtende løsninger i kontrakt 4C, da mindstekrav ikke kan forhandles jf. udbudslovens § 66, stk.2, andet punktum.

Forenede Service A/S finder på det foreliggende grundlag, at der bør ske en ændring af mindstekravene således, at mindstekravene ikke skønsmæssigt subjektivt vurderes, men vurderes på et objektivt grundlag samt at forhandlingskrav, mindstekrav og evaluering opfylder udbudsreglernes krav herfor.

...”

Gentofte Kommune besvarede den 23. januar 2020 mailen således:

”...

Tak for din henvendelse, som vi sætter stor pris på.

Vi vil gennemgå jeres skrivelse yderligere og tage jeres inputs med i det videre arbejde med udbuddet.

...”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Forenede Service har ikke anført særskilte bemærkninger herom. Klagenævnet har dog forstået virksomhedens anbringender således, at det overordnet gøres gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Gentofte Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Forenede Service gjort gældende, at de anførte mindstekrav indeholder et betydeligt element af subjektiv og skønsmæssig karakter. Gentofte Kommune har ingen mulighed for at kontrollere, om mindstekravene

er overholdt, idet leverandøren som anført selv skal definere, hvad der tilbydes for så vidt angår Arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverancer. Dette medfører en ikke uvæsentlig risiko for, at et tilbud – uanset tilbudsgivers bekræftelse ved tilbudsafgivelsen – reelt ikke opfylder de fastsatte mindstekrav.

Særligt vedrørende påstand 1 har Gentofte Kommune bestridt, at mindstekravet i ”Kontraktbilag 3 – Generelle krav, punkt 3.7 Miljø/arbejdsmiljø” er uegnet som mindstekrav.

Kommunen har nærmere anført, at mindstekravet i sin helhed har karakter af et kontraktuelt vilkår, der handler om leverandørens forpligtelser vedrørende miljø/arbejdsmiljø. Kravet indledes med en forpligtelse til at overholde den til enhver tid gældende arbejdsmiljølovgivning, til straks at underrette ordregiver, hvis der modtages påbud i forhold til arbejdsmiljø, og ordregivers mulighed for at forlange, at leverandøren udarbejder handleplaner mv.

Det forhold, at forpligtelserne til f.eks. overholdelse af gældende lovgivning i mindstekravet suppleres af forpligtelserne i leverandørens tilbud, indebærer ikke, at mindstekravet er uegnet. Henvisningen til tilbuddet i mindstekravet er isoleret set blot udtryk for et ”mindstekrav” om, at leverandøren er forpligtet af sit tilbud. Det, at mindstekravet indebærer vilkår om, at leverandøren under kontrakten skal udarbejde en redegørelse, der også baseres på de forpligtelser, der følger af tilbuddet, gør heller ikke vilkåret uegnet som mindstekrav eller i øvrigt vanskeligt at forstå rækkevidden af. Tværtimod er de forpligtelser, der følger af leverandørens tilbud, en integreret og nødvendig del af det grundlag, som redegørelsen skal handle om. Derfor indeholder mindstekravet henvisning til de forpligtelser, der fremgår af tilbuddet.

Gentofte Kommune har videre anført, at de formuleringer i mindstekravet, som Forenede Service har henvist til, herunder eksempelvis ”berettiger til”, ikke indebærer, at mindstekravet er uklart eller uegnet. Det indebærer heller ikke, at det i udbudsprocessen er vanskeligt at forudse, om mindstekravet er opfyldt. Mindstekravet er i udbudsprocessen således opfyldt ved, at tilbudsgiveren ikke tager forbehold overfor den retsstilling, der følger af mindstekravet. Mindstekrav, der er udtryk for kontraktuelle vilkår, adskiller sig dermed fra mindstekrav, der vedrører konkrete egenskaber ved varer eller tjenesteydelser, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 5. september 2019, Abena A/S mod Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Syddanmark, og kendelse af 8. august 2015, BabySam A/S mod Jysk Fællesindkøb ved Viborg Kommune.

Mindstekrav skal vurderes i den konkrete sammenhæng og i forhold til mindstekravets indhold. Det er ikke udelukket at anvende mindstekrav, der har karakter af kontraktuelle vilkår, og som indebærer formuleringer, der vil bero på vurderinger i lighed med dansk rets almindelige regler. Det svarer til, at en række forpligtelser, herunder misligholdelsesbeføjelser, er angivet i en kontrakt, der er mindstekrav, og som tilbudsgiverne således ikke kan tage forbehold overfor.

Særligt vedrørende påstand 2 har Forenede Service gjort gældende, at udbudsbetingelsernes punkt 5.2.3 om forhandling indebærer, at konkurrenceparameteret ”Arbejds miljø-fremmende teknologi/bæredygtig leverance” er genstand for forhandling. Dette støttes af udbudsbetingelsernes punkt 7.7, hvori ”Tilbudsgivers løsning i kontraktbilag 4C: Leverandørens arbejds miljøfremmende teknologi /bæredygtig leverance” er anført som et selvstændigt forhandlingspunkt.

Særligt vedrørende påstand 2 har Gentofte Kommune gjort gældende, at det fremgår af udbudsmaterialet, at der ikke kan forhandles om mindstekrav, herunder mindstekravet i ”Kontraktbilag 3 – Generelle krav, punkt 3.7 Miljø/arbejds miljø”. Det fremgår også, at der kan forhandles om tilbuddene, herunder ”Tilbudsgivers løsning i kontraktbilag 4C: Leverandørens arbejds miljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance”.

De dele af udbudsmaterialet, som Forenede Service henviser til i sine anbringender, afspejler således, at tilbuddet, herunder ”Tilbudsgivers løsning i kontraktbilag 4C: Leverandørens arbejds miljø-fremmende teknologi /bæredygtig leverance”, kan indgå i forhandlingerne. Betragtningen om, at dette indebærer forhandling af mindstekrav i strid med udbudsreglerne, alene fordi mindstekravet i Kontraktbilag 3 henviser til tilbuddet, er efter kommunens opfattelse en misforståelse af udbudsmaterialet.

Mindstekravet i Kontraktbilag 3 skal ses i en helhed og har, som anført, karakter af et kontraktuelt vilkår. Mindstekravet indebærer forpligtelser udover tilbudsgivers tilbud, og når der i mindstekravet også henvises til de forpligtelser, der fremgår af tilbuddet, hænger det naturligt sammen med forpligtelsen til at udarbejde redegørelser.

Henvisningen i mindstekravet til tilbuddet er således ikke udtryk for, at mindstekravet (med dets reelle indhold) er genstand for forhandling. Der er væsentlige elementer i mindstekravet, som i overensstemmelse med udbudsmaterialets angivelser ikke er genstand for forhandling. Der kan ikke forhandles om de dele af

mindstekravet, der vedrører forpligtelser i kravet, f.eks. om overholdelse af lovgivning og forpligtelser i tilknytning hertil, ligesom der ikke kan forhandles om forpligtelserne vedrørende redegørelsen. For så vidt angår henvisningen til tilbuddet i mindstekravet, er det isoleret set blot udtryk for et ”mindstekrav” om, at leverandøren er forpligtet af sit tilbud, og at de forpligtelser, der fremgår af tilbuddet, indgår i redegørelsen. Dette er heller ikke genstand for forhandling.

Særligt vedrørende påstand 3 har Forenede Service gjort gældende, at en ændring af et mindstekrav altid udgør en ændring af et grundlæggende element i proceduren udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse.

Det forhold, at Gentofte Kommune har fastsat en række mindstekrav, som efter deres beskaffenhed ikke er egnede til at være mindstekrav, indebærer, at udbudsbetingelserne vil være uegnede til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Det har været helt ugenomsigtigt for potentielle tilbudsgivere, hvad der er mindstekrav, som de skal tilbyde for at være konditionsmæssige, og hvad der er ”ønskekrav”, som Gentofte Kommune vil inddrage i tilbudsevalueringen. Denne uklarhed indebærer, at udbudsbetingelserne ikke er egnede til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Der er derfor grundlag for at annullere tilbuddet.

Særligt vedrørende påstand 3 har Gentofte Kommune gjort gældende, at annullation af tilbuddet alene kan ske, hvis tilbuddet anses for behæftet med så alvorlige og væsentlige fejl, at det ikke er muligt at lovliggøre tilbuddet.

Udbudsmaterialet i denne sag er tilstrækkeligt klart, og udformningen heraf strider ikke mod udbudsloven eller de grundlæggende udbudsretlige principper om genomsigtighed og ligebehandling. Der foreligger dermed ikke noget grundlag for at annullere det igangværende udbud.

I det omfang, det vurderes hensigtsmæssigt at præcisere forståelsen af udbudsmaterialet i det videre arbejde med tilbuddet, er der i givet fald tale om forhold, der kan præciseres inden for de rammer, som udbudsmaterialet og de udbudsretlige regler åbner mulighed for.

Ad uopsættelighed

Forenede Service har ikke anført særskilte anbringender om uopsættelighed.

Gentofte Kommune har gjort gældende, at Forenede Service ikke har redegjort for, at uopsættelighedsbetingelsen skulle være opfyldt.

Kommunen har videre gjort gældende, at manglende afgivelse af tilbud eller prækvalifikationsanmodning som udgangspunkt indebærer, at uopsættelighedsbetingelsen ikke er opfyldt. Undtagelse dertil gælder kun, hvis manglende afgivelse af tilbud eller anmodning skyldes, at udbudsmaterialets udformning afskærer virksomheden herfra, og at dette forhold påklages. Uopsættelighedsbetingelsen kan således ikke anses for opfyldt, når manglende afgivelse af tilbud eller anmodning om prækvalifikation beror på virksomhedens egne forhold, som i dette tilfælde på virksomhedens egne tekniske it-udfordringer.

Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt, og også af den grund kan klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Ad interesseafvejning

Forenede Service har ikke anført særskilte anbringender om interesseafvejning

Gentofte Kommune har gjort gældende, at Forenede Service ikke har redegjort for, at en interesseafvejning skulle tale for, at klagen tillægges opsættende virkning. Gentofte Kommune og de prækvalificerede tilbudsgivere har derimod en interesse i, at processen kan fortsætte som planlagt, og dette hensyn vejer tungere end Forenede Services interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning. Også en interesseafvejning tilsiger således, at begæringen om opsættende virkning ikke tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*"):

Ad påstand 1-3

I udbudsmaterialet er fastsat en række mindstekrav til tilbuddene, herunder mindstekrav 3.7 Miljø/arbejds miljø. Dette krav indebærer, at tilbudsgiverne forpligter sig til at overholde den til enhver tid gældende arbejdsmiljølovgivning, straks at underrette kommunen og de øvrige ordregivende enheder ved et eventuelt påbud i forhold til arbejdsmiljø, samt at udarbejde handleplaner m.v. for at efterkomme Arbejdstilsynets krav. Kravet indebærer endvidere, at tilbudsgiverne forpligter sig til at yde en bæredygtig rengørings- og vinduespoleringsleverance og til at tilrettelægge arbejdet således, at ensidigt, belastende arbejde (EBA) og ensidigt, gentaget arbejde (EGA) under udførelsen i videst muligt omfang undgås. Herunder kræves, at tilbudsgiverne anvender den teknologi og de fremgangsmåder, som er beskrevet i tilbuddets bilag 4C. En gang årligt skal leverandøren udarbejde en skriftligt redegørelse for den anvendte arbejdsmiljøfremmende teknologi og bæredygtige leverance. Hvis ikke denne stemmer overens med det tilbudte i bilag 4C, vil det ifølge mindstekrav 3.7 være at betragte som misligholdelse.

Besvarelsen i bilag 4C indgår i underkriteriet "Arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance" som et evalueringsparameter. Med delkriterierne hertil

fastslås, at "[d]et vægtes positivt såfremt tilbudsgiverens løsning i størst muligt omfang indeholder forpligtende løsninger der begrænser ensidigt, belastende arbejde", og at "[d]et vægtes (...) positivt såfremt løsningen indeholder andre kvalificerede og forpligtende tiltag, der begrænser leverandørens miljøaftryk mest muligt." Den besvarelse i bilag 4C, som vedlægges det endelige tilbud, vil indgå som et forpligtende kontraktvilkår, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 5.2.3.

Krav 3.7 er efter klagenævnets vurdering ud fra det foreløbigt foreliggende ikke uklart eller uegnet som et mindstekrav. Kravet er fastsat som et forpligtende kontraktuelt mindstekrav. Den valgte leverandør er dermed blandt andet forpligtet til at yde den bæredygtige leverance og fremme den teknologi, som er beskrevet i det endelige tilbuds bilag 4C samt at udarbejde redegørelser herom. Det forhold, at der under udbuddet kan forhandles om den tilbudte løsning i bilag 4C, medfører ikke, at leverandørens forpligtelser under kontrakten er uklare eller til forhandling.

Der er derfor på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstand 1 og 2 vil blive taget til følge ved en endelig afgørelse. Der er dermed heller ikke udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
specialkonsulen