

K E N D E L S E

Hsl Flytning A/S
(selv)

mod

Helsingør Kommune
(advokat Andreas Christensen og advokat Martin Stæhr, København)

Indklagede, Helsingør Kommune, iværksatte i april 2013 indhentning af tilbud på en rammeaftale om flytteservice efter tilbudslovens afsnit II, og i overensstemmelse med lovens § 15 a, jf. § 15 c, blev der den 18. april 2013 offentliggjort en annonce på www.udbud.dk. Tildelingskriteriet var »laveste pris«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 14. maj 2013 havde 7 virksomheder, herunder Hsl Flytning A/S (klageren), afgivet tilbud. Den 15. maj 2013 meddelte indklagede klageren, at indklagede havde fundet klageren uegnet til at varetage opgaven.

Den 23. maj 2013 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede.

Indklagede har oplyst at have indgået rammeaftale med Møbeltransport Danmark A/S den 21. juni 2013.

Klageren blev i forbindelse med klagens modtagelse i klagenævnet opfordret til at præcisere sine påstande.

Ved brev af 1. juli 2013 opfordrede klagenævnet på ny klageren til at præcisere sine påstande, dels med henvisning til, at der var tale om en tilbudsindhentning efter tilbudslovens afsnit II, dels med henvisning til, at påstandene ikke indeholdt en nærmere præcisering af, hvilke overtrædelser, klageren mente, havde fundet sted.

Ved revideret klageskrift dateret 12. juni 2013 og modtaget i klagenævnet den 1. juli 2013 har klageren herefter nedlagt følgende påstande:

»Revideret Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudsloven § 15 d, ved i udbudsbekendtgørelsens pkt. 3 at anvende ikke objektive kriterier for så vidt angår teknisk/faglig formåen.

Revideret Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudsloven § 15 d ved at have diskrimineret klagers tilbud og fravalgt dette på et ikke objektivt og sagligt grundlag.

Revideret Påstand 3(afløst af påstand 2):

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede, som konsekvens af den uretmæssige konklusion præsenteret i påstand 2, har handlet i strid med udvælgelseskriteriet anført i udbudsbekendtgørelsens pkt 4.

Revideret Påstand 4 (afløst af påstand 2):

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede, som konsekvens af den uretmæssige konklusion præsenteret i påstand 2, har handlet i strid udbudsbekendtgørelsens pkt. 4, idet klagerens vægtede tilbudspris er 14,64% lavere end det annoncerede vindende bud.

Påstand 5:

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 15. maj 2013 om at tildele kontrakten til anden side og om at afvise klagerens tilbud.«

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbetingelser fra april 2013 fremgår blandt andet:

»1.1 Opgavens omfang

...

I 2011 og 2012 var Helsingør Kommunes forbrug inden for flytteservice på ca. 330.000 kr. pr. år. I 2011 blev der foretaget en 500-600 flytninger af arbejdspladser pga. en ny administrativ organisering. Derfor er de historiske data ingen garanti for at det fremtidige forbrug. Det samlede forventede forbrug estimeres alligevel til ca. 300.000 kr. årligt.

Allerede påtænkte opgaver, er fx flytning af 60-80 administrative arbejdspladser. Ydermere vil det kommende skoleprojekt skabe et øget behov for både interne og eksterne flytninger

...

3. Udvælgelseskriterier/egnethedsvurdering

Udbudsprocessen gennemføres som to delprocesser. Forud for den i pkt. 4 beskrevne tilbudsvurdering på baggrund af det offentliggjorte tildelingskriterium vil der finde en bedømmelse af tilbudsgivers egnethed sted.

Tilbudsgiver skal derfor som dokumentation for tilbudsgivers finansielle, økonomiske og tekniske formåen i forbindelse med indsendelse af det øvrige tilbudsmateriale fremsende materiale som anført i Merzell Sourcing Service under fanebladet »Udvælgelseskriterier«.

Tilbudsgivere, der ikke fremsender de beskrevne oplysninger, vil ikke komme i betragtning. Det samme gælder, hvis de afgivne oplysninger viser, at tilbudsgiver ikke opfylder ordregivers mindstekrav for egnethed angivet i udbudsbekendtgørelsen.

...

Tekniske og faglige kvalifikationer

Tilbudsgiver skal gennem nedenstående oplysninger sandsynliggøre overfor ordregiver at Tilbudsgiver har den tekniske og faglige formåen til at løfte opgaven. ...

- Referenceliste over de mest betydelige, sammenlignelige leveringer fx større flytteopgaver med logistiske udfordringer. Kontaktpersoner skal angives på referencelisten.«

Der var ikke fastsat mindstekrav i relation til den tekniske og faglige formåen.

Klageren afgav tilbud inden tilbudsfristens udløb. Af tilbuddet fremgår blandt andet:

»4. Udvalgelseskriterier

...

Nedenfor er tilbudsgivers regnskabstal for de seneste 3 år:

Nøgletal (1.000 kr.)

Resultatopgørelse	2011	2010	2009
Bruttofortjeneste	2506	2236	2152
Afskrivninger	222	148	239
Driftsomkostninger	1300	1324	1744
Dækningsbidrag	1200	912	408
Nettoresultat	248	-12	-357
Balance	586	455	463

...

Indenfor de seneste 3 år har HSL Flytning haft følgende ordrer, som vurderes relevante i henhold til nærværende udbud;

Danmarks Ishockey Union – Rammeaftale vedrørende flytteydelse

Almenbo A.m.b.a. – Rammeaftale vedrørende flytteydelse

Brøndby Kommune – Rammeaftale vedrørende flytteydelse

Spamfighter Aps – Rammeaftale vedrørende flytteydelse

Yougov Denmark A/S – Rammeaftale vedrørende flytteydelse

Yderligere informationer og kontaktdetaljer på referencepersoner forefindes på bilag F, som er vedlagt dette tilbud.«

Som bilag E til klagerens tilbud var vedlagt en referenceliste for de i tilbudet nævnte 5 referencer med angivelse af kontaktoplysninger, kontraktforholdets varighed og omsætning pr. reference. Om varighed og omsætning på de enkelte referencer fremgår:

Danmarks Ishockey union – April 2013 – 12.750 kr.

Almenbo A.m.b.a. – Marts 2013 – 27.500 kr.

Brøndby Kommune – Februar 2013 – 36.700 kr.

Spamfighter Aps – September 2012 – 76.800 kr.

Yougov Denmark A/S – August 2012 – 46.610 kr.

Klagerens tilbud var desuden vedlagt årsregnskab for 2011. Det fremgår heraf, at indestående i virksomheden (egenkapitalen) de seneste tre år har været negativ, herunder med 392.597 kr. i 2011.

Klagerens tilbud var desuden vedlagt et bilag B »Tro og love erklæring om virksomhedens omsætning og egenkapital«. Det fremgår heraf, at klageren har angivet egenkapitalen de seneste 3 år til det beløb, der ifølge årsregnskabet 2011 var virksomhedens likvide beholdning.

Efter tilbudsfristens udløb foretog indklagede en evaluering af de modtagne tilbud. Af evalueringsrapporten fremgår blandt andet:

»Udvælgelseskriterier

Evalueringen fandt sted den 14.5.2013 og 15.5.2013

Ordregiver har i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelsernes pkt. 3 krævet at de bydende skulle fremlægge oplysninger og dokumentation til belysning af deres egnethed.

Ordregiver har ved udbudskonsulent [...] og Specialkonsulent [...], gennemgået de afgivne tilbud og konstateret, at alle bydende har vedlagt det krævede materiale.

Ordregiver har gennemgået tilbuddene med henblik på at afklare, om tilbuddene opfylder minimumskraverne for at komme i betragtning, som er opstillet i udbudsmaterialet. Ordregiver konstaterede her, at alle tilbud opfylder minimumskraverne til årsregnskabet om positivt resultat efter skat i seneste regnskabsår.

Ordregiver har endvidere foretaget en generel egnethedsvurdering ud fra de fremsendte referencer.

Ordregiver kunne konstatere, at de fremsendte referencer fra alle på nær HSL Flytning var af en karakter og størrelse, der som beskrevet var sammenlignelig med den udbudte opgave. Da HSL Flytning endvidere umiddelbart var lavestbydende, valgte ordregiver at undersøge indholdet af de fremsendte referencer fra HSL Flytning nærmere. Dette gøres telefonisk til Brøndby Kommune samt Spamfighter. Det er ikke muligt at komme i kontakt med de resterende denne dag. De medsendte referencer vurderes at være væsentlige mindre end de i udbuddet udbudte. Ydermere kunne kontaktpersonerne på HSL flytnings referencer ikke bekræfte at have en rammeaftale med HSL flytning, som HSL flytning i deres referenceliste henviser til.

Samlet set anses de angivne referencer fra HSL Flytning, anses ikke som værende sammenlignelige med den udbudte opgave. Som følge af denne mangel, var ordregiver berettiget og forpligtet til at se bort fra HSL flytnings tilbud, hvilket blev meddelt HSL flytning skriftligt den 15.5.2013.

Ordregiver konkluderer endvidere på baggrund af vurderingen af de øvrige fremsendte tilbud, at ordregiver er overbevist om, at de øvrige tilbudsgivere besidder tilstrækkelig økonomisk, finansiel og teknisk kapacitet til at løse den udbudte opgave.«

Ved brev af 15. maj 2013 meddelte indklagede klageren resultatet af den foretagne evaluering. Af brevet fremgår blandt andet:

»Vi har ved gennemgangen af tilbuddet fundet, at jeres medsendte referenceliste ikke lever op til kravene som beskrevet i udbudsbetingelserne pkt. 3. Udvalgelseskriterier/egnethedsvurdering:

”Tilbudsgiver skal gennem nedenstående oplysninger sandsynliggøre overfor ordregiver, at Tilbudsgiver har den tekniske og faglige formåen til at løfte opgaven.

Referenceliste over de mest betydelige, sammenlignelige leveringer fx større flytteopgaver med logistiske udfordringer. Kontaktpersoner skal angives på referencelisten”.

De angivne referencer, anses ikke som værende *sammenlignelige* med den udbudte opgave pga. omfanget af Helsingør Kommunes flytteopgaver. Jf. udbudsmaterialet er opgaverne i Helsingør Kommune estimeret til et årligt forbrug på 300.000 kr., herunder en større planlagt flytning af 60-80 arbejdspladser på en gang.

Helsingør Kommune finder derfor ikke, at tilbudsgiver har godtgjort at være egnet til at varetage opgaven. Som følge heraf ser Helsingør Kommuner bort fra jeres tilbud. Jeres tilbud indgår derfor ikke i den videre evalueringsproces.«

Ved e-mail af 16. maj fra klageren til indklagede fremgår blandt andet:

»Den oplyste flytning for Spamfighter i 2012 indebar samlet flytning af 70 arbejdspladser.«

Indklagede har i sit svarskrift af 12. august 2013 supplerende vedrørende vurderingen af klagerens referencer anført:

»Som det fremgår af klagers referencelisteliste, oplyste klager om fem tidligere opgaver, udført i 2012 og 2013, der værdimæssigt lå mellem 12.750 kr. og 76.800 kr., og dermed såvel isoleret set som samlet set lå langt under værdien af den udbudte rammeaftale på estimeret 300.000 kr. Alle referenceopgaverne var i referencelisten karakteriseret som »Rammeaftale vedr. flytning«.

...

Som beskrevet i evalueringsrapporten forsøgte indklagede at kontakte alle kontaktpersonerne på de af indklagede oplyste referencer. Det lykkedes i første omgang indklagede at få kontakt til henholdsvis virksomheden Spamfighter (den værdimæssigt største reference) og Brøndby Kommune (den værdimæssigt tredjestørste reference).

Det telefonnummer, som klager havde oplyst til kontaktpersonen hos YouGov Denmark A/S (den værdimæssigt næststørste reference), var ikke i drift. Det lykkedes i første omgang heller ikke at få kontakt til de anførte kontaktpersoner hos henholdsvis Almenbo a.m.b.a. og Danmarks Ishockey Union.

Hos Spamfighter kunne kontaktpersonen oplyse, at der ikke, som det ellers var anført i referencelisten, var tale om, at klager havde varetaget en *rammeaftale* for virksomheden. Der var alene tale om, at Spamfighter [Hsl] havde udført en enkeltstående flytning for virksomheden bestående i flytning af ca. 40 arbejdspladser, industrikøkken, stort serverrum og en stor mængde tilbehør som var i et rekreatiomsområde.

Hos Brøndby Kommune blev det tillige oplyst, at Brøndby Kommune aldrig havde haft en *rammeaftale* med klager. Det blev oplyst, at en forvaltningsenhed i kommunen havde fået udført flytteydelse af klager i 4 enkeltstående tilfælde i perioden siden 2011.

...

Efter udsendelsen af underretningsbrevet har indklagede været i kontakt med kontaktpersonen for referenceopgaven hos Almenbo a.m.b.a. Kontaktpersonen oplyste, at der ikke har været tale om, at Almenbo a.m.b.a. har haft en *rammeaftale* med klager, men at klager alene har udført en enkeltstående flytning af 10 medarbejdere.«

Klageren er ikke fremkommet med bemærkninger til det i svarskriftet anførte.

Parternes anbringender

Klageren har i relation til alle 5 påstande samlet gjort gældende:

»Ordregiver har allerede i første fase af evaluering af tilbuddet diskvalificeret Hsl Flytning med argumentet, at tilbudsgiver ikke har den tekniske og faglige formåen til at løfte opgaven. Dette på trods af, at tilbudsgiver har anført minimum tre referencer i det krævede referenceskema, som enten er sammenlignelige eller overstiger de forventede flytteopgaver for Helsingør Kommune hvad angår volumen og kompleksitet. Derved er det tilbudsgivers holdning, at Helsingør Kommune afviger fra deres egne udvælgelseskriterier i pkt. 3 af udbudsmaterialet.

Ordregiver har efterfølgende valgt at tildele udbuddet til alternativ tilbudsgiver med en total vægtet tilbudspris på kr 194.817,50. Hsl Flytning's totale vægtede tilbudspris for samme opgave er kr 169.935,00. Det giver en samlet overpris på kr 24.882,50 - svarende til en overpris på 14,64%. Derved afviger ordregiver fra deres tilbudskriterium om la-

veste pris, som anført i udbudsmaterialet pkt 4. Det er endvidere påfaldende, at ordregiver er i stand til at underrette om valg af leverandør allerede 15. maj kl 17.04. Særlig set i lyset af den senere kommunikation, hvor det fremgår, at ordregiver efter sigende har været i kontakt med flere af de oplyste referencer.

Det er af ordregiver ikke blevet oplyst, hvor mange potentielle leverandører, som har afgivet tilbud på denne opgave, men det virker umiddelbart ikke realistisk, at ordregiver reelt har været gennem alle indkomne tilbud og reelt været i kontakt med alle relevante reference, som måtte være oplyst i de respektive tilbud. Særligt ikke indenfor det begrænsede tidsrum fra tilbudsfristens udløb 14. maj kl 12.00 til 15. maj kl 17.04.

Det er tilbudsgivers opfattelse, at denne påståede vurdering ikke har fundet sted, hvorved ordregiver afviger de helt basale spilleregler for at sætte en sådan aftale i offentligt udbud.«

Indklagede har i relation til påstand 1 principalt gjort gældende, at klagerens påstand efter sin ordlyd går på, at indklagede ikke har anført objektive kriterier i »udbudsbekendtgørelsens pkt. 3«. Der har, som følge af at der er tale om en tilbudsindhentning efter tilbudsloven, ikke været indrykket en sådan udbudsbekendtgørelse. Allerede derfor skal påstanden ikke tages til følge.

Indklagede har subsidiært gjort gældende, at indklagede i udbudsbetingelserne havde fastsat et udvælgelseskriterium i relation til tilbudsgivernes tekniske formåen. Kriteriet bestod i, at tilbudsgiverne skulle fremlægge en »Referenceliste over de mest betydelige, sammenlignelige leveringer fx større flytteopgaver med logistiske udfordringer.«

Ved det konkrete udbud var det særligt relevant for indklagede at modtage og kunne vurdere tilbudsgivernes referencer, idet der er tale om en tjenesteydelse, hvor leverandørens erfaringer med og evne til at håndtere logistiske udfordringer er helt afgørende for, at flytningerne skaber mindst mulig gene for indklagedes medarbejdere. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med tilbudslovens § 15 d ved i udbudsbetingelserne at stille krav om tilbudsgivernes fremlæggelse af en referenceliste med henblik på vurdering af tilbudsgivernes egnethed.

Indklagede har vedrørende påstand 2 gjort gældende, at klagerens tilbud ikke er blevet »diskrimineret« og fravalgt på et ikke objektivt eller usagligt grundlag. Det var klart beskrevet i udbudsbetingelserne, at tilbudsgiver

skulle fremlægge en »Referenceliste over de mest betydelige, sammenlignelige leveringer fx større flytteopgaver med logistiske udfordringer« med henblik på at sandsynliggøre over for ordregiver, at tilbudsgiver har den tekniske og faglige formåen til at løfte opgaven.

De referencer, som klageren fremlagde som en del af tilbuddet til indklagede, levede på ingen måde op til kravet om, at referencerne skulle være »sammenlignelige«. Referencerne var således ikke sammenlignelige hverken i forhold til deres værdi eller deres omfang.

Den værdimæssigt største reference blev således alene oplyst til at udgøre 76.800 kr., mens der som fremhævet i udbudsbetingelserne var tale om, at rammeaftalen med indklagede ville have en estimeret årlig værdi af ca. 300.000 kr. Ikke engang den samlede værdi af de fem anførte referenceopgaver udført i perioden 2012-2013 var i nærheden af den årlige estimerede værdi af indklagedes rammeaftale.

Den eneste af klagerens referenceopgaver, der blot nogenlunde nærmede sig den af kommunen skitserede enkeltopgave (flytning af 60-80 administrative arbejdspladser), bestod således alene i flytning af 40 arbejdspladser samt flytning af køkken, server og tilbehør for virksomheden Spamfighter ApS.

Dertil kommer, at indklagede i forbindelse med de telefoniske drøftelser med referencefirmaerne fik vished om, at klageren havde afgivet decideret urigtige oplysninger i tilbuddet i relation til referencelisten. Der var således ikke tale om, at de referencer, som klageren havde oplyst i tilbuddet til indklagede, bestod i eller relaterede sig til en rammeaftale, uagtet at dette fremgik af klagerens referenceliste.

Indklagede havde ikke opstillet specifikke mindstekrav til tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen. Det har således været forventeligt for tilbudsgiverne, herunder for klageren, at indklagede ville foretage en indholdsmæssig gennemgang af referencelisterne og på det grundlag foretage en samlet vurdering af, om det var sandsynliggjort, at tilbudsgiverne ville kunne varetage rammeaftalen. Licitationen kan således ikke sammenlignes med det udbud, der lå til grund for klagenævnets kendelse af 5. juli 2013.

Nærværende klagesag vedrører en annoncering i henhold til tilbudslovens afsnit II og ikke et EU-udbud efter udbudsdirektivet. Indklagede har således under alle omstændigheder været mere frit stillet i forhold til, hvordan vurderingen af tilbudsgivernes egnethed skulle ske.

Det bestrides, at klageren via sin referenceliste, som den indgik i tilbuddet til indklagede, har dokumenteret, at have varetaget opgaver, der er sammenlignelige med den annoncerede rammeaftale og de underliggende forventede ordrer.

Indklagede har vedrørende påstand 3 og 4 gjort gældende, at klageren hverken i sin påstand eller sine anbringender har angivet, hvilke konkrete udbudsregler indklagede skulle have overtrådt. Allerede af denne grund er der ikke er grundlag for at tage påstanden til følge.

Det er desuden i forhold til disse påstande uklart, hvorved påstandene adskiller sig fra påstand 2.

Indklagede har vedrørende påstand 5 gjort gældende, at der, jf. det ad påstand 1 og 2 anførte, ikke er grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning samt beslutningen om at afvise klagers tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet kan ved klagens afgørelse ikke tilkende en part mere, end den pågældende har påstået eller tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende af parterne, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 10, stk. 1, 2. pkt. På grundlag heraf udtaler klagenævnet:

Ad påstand 1

Klagenævnet har, uanset ordlyden, forstået klagerens påstand 1 således, at den angår de i udbudsbetingelserne og ikke i »udbudsbekendtgørelsen« fastsatte udvælgelseskriterier i relation til teknisk og faglig formåen.

Efter udbudsdirektivets artikel 48, stk. 2, litra a, kan en ordregivende myndighed efterspørge oplysninger om de betydeligste tjenesteydelser, som tilbudsgiverne har udført i de seneste år med henblik på vurdering af tilbudsgiverens tekniske og faglige formåen. Tilsvarende kan ske i forbindelse med tilbudsindhentninger, der foretages efter tilbudslovens afsnit II. Et så-

dant krav er derfor som udgangspunkt objektivt og sagligt. Af de grunde, som indklagede har anført, har det også konkret været objektivt og sagligt at stille et sådant krav.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Klagenævnet har, på grundlag af de anførte anbringender, forstået klagerens påstand 2 således, at den angår, om indklagede har været berettiget til ikke at anse de af klageren indsendte referencer for at opfylde kriteriet om at være sammenlignelige.

Indklagede har i udbudsbetingelserne stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle vedlægge tilbuddet en referenceliste over »de mest betydelige sammenlignelige leveringer fx større flytteopgaver med logistiske udfordringer«

Dette skal sammenholdes med udbudsbetingelsernes beskrivelse af, at opgaven vedrører en rammeaftale om flytteservice for ca. 300.000 kr. årligt, at der i 2011 blev foretaget 500-600 flytninger, og at der allerede var påtænkte opgaver i form af flytning af 60-80 administrative arbejdspladser samt et skoleprojekt, der kunne skabe et øget behov for både interne og eksterne flytninger.

Klageren har ikke bestridt indklagedes oplysninger om resultatet af indklagedes kontakt til de af klageren oplyste referencer.

Klagenævnet finder ikke grundlag for at tilsidesætte indklagedes skøn over, at de af klageren indsendte referencer ikke var sammenlignelige.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3, 4 og 5

Da påstand 1 og 2 ikke er taget til følge, er der ikke grundlag for at tage påstand 3-5 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig