

Tildelingsbeslutningen er efterfølgende annulleret af
Rudersdal Kommune og klagen herefter tilbagekaldt,
således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

KN Rengøring I/S
(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

Rudersdal Kommune
(advokat Thomas Thorup Larsen, København)

Klagenævnet har den 25. november 2019 modtaget en klage fra KN Rengøring I/S (herefter KN Rengøring).

KN Rengøring har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

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

Klagenævnet har truffet afgørelse om opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-29 og svarskrift med bilag A og B, replik og duplik.

Klagens indhold:

KN Rengøring har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudslovens § 2, stk. 1, ved den 13. november 2019 at have truffet beslutning om tildeling af den udbudte kontrakt om udførelse af daglig rengøring i Rudersdal Kommune til Rengoering.com A/S uagtet, at denne tilbudsgiver ikke opfyldte det fastsatte mindstekrav til økonomisk og finansiel kapacitet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2) om en egenkapital i det senest godkendte regnskabsår på mindst DKK 5.000.000.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudslovens § 2, stk. 1, ved den 22. november 2019 – efter den 14. november 2019 at have modtaget klagers meddelelse om, at egenkapitalen for Rengoering.com A/S i henhold virksomhedens godkendte årsrapport for perioden 1. januar 2018 – 30. januar 2019 var mindre end DKK 5.000.000 – at have fastholdt sin beslutning af 13. november 2018 om tildeling af den udbudte kontrakt om udførelse af daglig rengøring i Rudersdal Kommune til Rengoering.com A/S.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudslovens § 159, stk. 5, og ligebehandlingsprincippet i Udbudslovens § 2, stk. 1, ved efter tilbudsfristens udløb den 7. oktober 2019 at have ladet Rengoering.com A/S udskifte den fremlagte støtteerklæring fra Hadis Private Equity ApS af 2. oktober 2019 med en ny støtteerklæring fra selskabet af 28. november 2019, hvori selskabet udvidede sin erklæring til også at omfatte selskabets solidariske hæftelse over for indklagede for Rengoering.com A/S’ opfyldelse af den udbudte kontrakt

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til Klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2, annullere indklagedes beslutning af 13. november 2019 om tildeling af den udbudte kontrakt om udførelse af daglig rengøring i Rudersdal Kommune til Rengoering.com A/S.”

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

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2019/S 128-313447 af 2. juli 2019, offentliggjort den 5. juli 2019, udbød Rudersdal Kommune som begrænset udbud efter udbudsloven en kontrakt af fire års varighed med mulighed for forlængelse i op til to år om daglig rengøring i Rudersdal Kommune.

I udbudsbekendtgørelsen står der blandt andet:

”II.1.4) Kort beskrivelse:

...

Kontrakten omfatter tilsammen 53 individuelle lokaliteter for denne aftale, bl.a. skoler, SFOer, daginstitutioner, administrationsbygninger, biblioteker, kulturhuse, idrætshaller, specialinstitutioner, tandklinikker og plejecentre. Ordregiver indgår kontrakten på egne vegne og på vegne af de selvejende institutioner, som Ordregiver har driftsoverenskomster med. Kontrakten kan således anvendes af både Ordregiver og de ikke selvstændige juridiske enheder, Ordregiver har aftaler med.

II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 124 500 000.00 DKK

...

III.1) Betingelser for deltagelse

...

III.1.2)

Økonomisk og finansiell kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

...

— Ansøgerens egenkapital for det seneste godkendte regnskabsår (...)

...

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

...

(ii) Senest godkendte årsregnskab udviser en egenkapital på minimum 5 000 000 DKK.

...”

Udbudsbetingelserne indeholder blandt andet følgende:

”1.5 ESPD FORMULAR

Ansøgere skal som en del af prækvalifikationsansøgningen udfylde standardformularen ”Det fælles europæiske udbudsdokumentet” (”ESPD”).

ESPD fungerer som foreløbigt bevis for, at ansøgeren ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund, samt som bevis for, at ansøgeren opfylder de fastsatte mindstekrav til egnethed.

Ansøgere skal derfor udfylde og fremsende ESPD i overensstemmelse med ordregiverens anvisninger i udbudsbekendtgørelsen, samt nedenstående pkt. 1.6 - 1.8.

De efterfølgende afsnit identificerer de punkter i ESPD, som ansøgerne skal udfylde, ligesom hvert afsnit indeholder en beskrivelse af den dokumentation, som ordregiver vil indhente enten hos alle ansøgere eller hos den tilbudsgiver, som står til at blive tildelt kontrakten.

Bemærk: Inden kontrakten tildeles, skal den tilbudsgiver, som står til at blive tildelt kontrakten, fremlægge dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD-dokumentet, jf. udbudslovens § 151. Dokumentation skal således ikke vedlægges ansøgning om prækvalifikation.

1.6 OPLYSNINGER OM DEN ØKONOMISKE AKTØR

Følgende punkter i ESPD skal udfyldes:

Del II: (alle punkter):

- A. ...
- B. ...
- C. Oplysninger om udnyttelse af andre enheders kapacitet

Bemærk, at ansøgere, som baserer sig på andre enheders kapacitet i forhold til opfyldelse af mindstekravene eller udvælgelseskriterierne, skal vedlægge særskilte ESPD'et for disse enheder. Ansøgere, som beror sig på andre enheders kapacitet vil, som en del af dokumentationen, blive afkrævet en støtteerklæring eller tilsvarende dokumentation, som godtgør, at den pågældende enhed er juridisk forpligtet over for ansøgeren, jf. pkt. 1.7. Tilsvarende skal de enheder, som ansøgeren beror sig på i forhold til opfyldelse af mindstekravene eller udvælgelseskriterierne, fremlægge dokumentation, herunder serviceattest.

...

1.7 KRAV TIL EGNETHED

Følgende punkter i ESPD skal udfyldes:

Del IV:

Økonomisk og finansiel formåen:

Ansøger skal opfylde følgende mindstekrav:

...

(ii) Senest godkendte årsregnskab udviser en egenkapital på minimum kr. 5 mio.

...

Ansøgeren skal i ESPD, Del IV: Udvælgelseskriterier, B: Økonomisk og finansiel formåen, give følgende oplysninger:

...

- Ansøgerens egenkapital for det seneste godkendte regnskabsår (...).

...

Bemærk: Er ansøgeren et konsortium/lignende sammenslutning, eller baserer ansøgeren sig på andre enheders økonomiske eller finansielle kapacitet (f.eks. underleverandører) i forhold til opfyldelse af mindstekravene, skal der indgives særskilt ESPD for hver deltager i konsortiet/sammenslutningen/underleverandøren. For ansøgere, som baserer sig på andre enheders kapacitet, gælder endvidere, at ansøgeren som en del af dokumentationen skal fremlægge en støtteerklæring eller tilsvarende dokumentation, som godtgør, at den pågældende enhed er juridisk forpligtet over for ansøgeren. Såfremt en ansøger beror sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen, skal denne enhed påtage sig solidarisk at hæfte for ansøgerens forpligtigelser under den udbudte kontrakt.

Såfremt ansøgeren ikke kan give oplysninger vedrørende økonomisk og finansiel kapacitet, fordi ansøgeren er etableret inden for det seneste år, skal ansøgeren anføre dette. Det fastsatte mindstekrav gælder tilsvarende for nystartede virksomheder.

Dokumentation: Ansøgerne, som prækvalificeres, skal på anmodning (ikke som en del af prækvalifikationsansøgningen) fremsende følgende:

- Ansøgerens årsregnskab for de seneste tre afsluttede regnskabsår med revisorpåtegning på det seneste, herunder ansøgerens senest godkendte årsregnskab. (Ansøgeren skal ikke fremsende den krævede dokumentation, såfremt ordregiveren selv kan fremskaffe denne dokumentation.)

...

1.14 VURDERING AF TILBUD, DOKUMENTATION, UNDERRETNING OG KONTRAKTINDGÅELSE

Efter tilbudsfristens udløb foretager ordregiveren indledningsvist en vurdering af, hvorvidt tilbuddene opfylder de formelle og materielle krav til indhold og udformning.

...

Senest inden tildeling af kontrakt vil der blive indhentet dokumentation for oplysningerne i ESPD, jf. punkt 1.5, hvorefter tilbudsgiverne vil modtage tilsagn eller begrundede afslag, jf. i det hele pkt. 1.27 og 1.28 nedenfor.”

ESPD-dokumentet fra Rengoering.com A/S (herefter ”Rengoering.com”) indeholder blandt andet følgende:

”

C: Oplysninger om udnyttelse af andre enheders kapacitet

Baserer den økonomiske aktør sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne i del IV og de kriterier og regler, der eventuelt er fastsat, jf. del V nedenfor?

☒ Ja
☐ Nej

...

Øvrige økonomiske og finansielle krav

For så vidt angår eventuelle øvrige økonomiske og finansielle krav, som måtte være blevet anført i den relevante meddelelse eller i udbudsdokumenterne, erklærer den økonomiske aktør, at:

Beskriv dem

Egenkapital 2018: 2.596.724 DKK Soliditetsgrad 2018: 44,3%

”

Vedlagt prækvalifikationsansøgningen var også et ESPD fra Hadis Private Equity ApS (herefter ”Hadis Private Equity”), som blandt andet indeholder følgende:

”

Øvrige økonomiske og finansielle krav

For så vidt angår eventuelle øvrige økonomiske og finansielle krav, som måtte være blevet anført i den relevante meddelelse eller i udbudsdokumenterne, erklærer den økonomiske aktør, at:

Beskriv dem

Egenkapital 2018: 2.405.560 DKK Soliditetsgrad 2018: 37,2% OBS! Virksomheden er etableret pr. 01.11.2018

”

Ved brev af 16. august 2019 til KN Rengøring oplyste Rudersdal Kommune, at kommunen havde modtaget syv anmodninger om prækvalifikation, hvoraf fem blev vurderet konditionsmæssige. Ved samme brev opfordrede kommunen KN Rengøring til at afgive tilbud på opgaven.

Støtteerklæring fra Hadis Private Equity blev afgivet den 2. oktober 2019 og indeholder følgende:

”Støtteerklæring i forbindelse med udbud

Det erklæres hermed, at virksomheden

Hadis Private Equity ApS (CVR 39987333)

er juridisk forpligtet samt hæfter solidarisk overfor Rengoering.com A/S (CVR 37586153)

i forbindelse med dennes forpligtelser som ansøger, byder og leverandør under den udbudte kontrakt hos Rudersdal Kommune.”

Inden tilbudsfristens udløb den 7. oktober 2019 havde Rudersdal Kommune modtaget tilbud fra fire tilbudsgivere, herunder KN Rengøring og Rengoering.com.

Rudersdal Kommune meddelte ved brev af 13. november 2019, at kommunen agtede at indgå kontrakt med Rengoering.com efter udløbet af standstill-perioden. I brevet til KN Rengøring står der blandt andet:

”Resultat og begrundelse af tilbudsvurdering;
Tilbudsvurderingen har resulteret i, at Rengoering.com A/S har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Tilbuddet fra KN Rengøring I/S har i den samlede vurdering opnået 8,87 point, mens Rengoering.com A/S har opnået 9,20 point.”

Ved mail af 14. november 2019 til Rudersdal Kommune gjorde KN Rengøring indsigelse mod tildelingsbeslutningen og anmodede om aktindsigt i oplysninger og dokumentation fra Rengoering.com. I mailen hedder det:

”...

KN Rengøring I/S gør indsigelse imod kommunens tildelingsbeslutning med følgende begrundelse:

- Rengoering.com A/S opfylder ikke følgende mindstekrav til økonomisk og finansiell kapacitet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2), nr. (ii):
 - Senest godkendte årsregnskab udviser en egenkapital på minimum DKK 5.000.000 DKK:

Det fremgår af årsrapporten for Rengoering.com A/S for virksomhedens senest afsluttede regnskabsår i 2018 (perioden 1. januar 2018 – 30. januar 2019), at virksomheden i dette regnskabsår havde en egenkapital på DKK 2.596.724, og dermed ikke i det senest afsluttede regnskabsår opfyldte minimumskravet om en egenkapital på mindst DKK 5.000.000...”

Den 18. november 2019 rettede Rudersdal Kommune henvendelse til Hadis Private Equity og anmodede om en bekræftelse på, at virksomheden hæftede solidarisk over for kommunen. I beskeden fra Rudersdal Kommune står der:

”Vi skal takke for den fremsendte støtteerklæring.

Idet det heraf formelt set synes at fremgå, at det støttende selskab hæfter solidarisk over for Rengøring.com, skal vi for god ordens skyld anmode om, at det støttende selskab ligeledes bekræfter, at det støttende selskab sammen med Rengøring.com hæfter solidarisk for opgavens udførelse over for Rudersdal Kommune.”

Hvortil Hadis Private Equity samme dag svarede:

”Hadis Private Equity ApS, bekræfter hermed at de sammen med Rengoering.com hæfter solidarisk for opgavens udførelse over for Rudersdal Kommune.”

Ved mail af 21. november 2019 meddelte kommunen aktindsigt i ESPD og revisorerklæring for Rengoering.com og aktindsigt i ESPD, revisorerklæring og støtteerklæring fra Hadis Private Equity. I mailen til KN Rengøring står der blandt andet:

”[...] Rudersdal Kommune finder, at virksomheden Rengoering.com A/S opfylder de stillede mindstekrav til økonomisk og finansiell kapacitet, således som disse fremgår af udbudsbekendtgørelsen.

Rengøring.com A/S har fremlagt ESPD og revisorerklæring som dokumentation for sine egne regnskabstal, ligesom der er fremlagt ESPD, revisorerklæring og støtteerklæring for selskabet Hadis Private Equity ApS. De to selskaber opfylder derfor i forening de stillede mindstekrav til økonomisk og finansiell kapacitet, jf. udbudslovens § 144.

...

Rudersdal Kommune er opmærksom på, at Hadis Private Equity ApS er ejer af Rengøring.com A/S, men der er intet i udbudsmaterialet, der taler mod, at den økonomiske og finansielle støtte kan gives af en ejervirksomhed, og at de regnskabsmæssige tal derfor også i dette tilfælde vil skulle lægges sammen i vurderingen af, om de stillede mindstekrav til økonomisk og finansiell kapacitet er opfyldt.”

Revisorerklæringen med nøgletal for Rengøring.com indeholder blandt andet følgende:

”Hoved- og nøgletal	01 .01.18-	01.01 .17-	05.04.16 -
	31.01 .19	31 .12.17	31 .12.16

...

Egenkapital, DKK 2.596.724 ”

Revisorerklæringen fra Hadis Private Equity indeholder blandt andet følgende:

”Hoved- og nøgletal	01.11.18 -31.01.19
---------------------	--------------------

...

Egenkapital, DKK 2.405.560”

I Hadis Private Equitys årsrapport står:

”...

AKTIVER

	31.01.19 DKK
Kapitalandele i tilknyttede virksomheder	6.456.330
Finansielle anlægsaktiver i alt	6.456.330
Anlægsaktiver i alt	6.456.330
Udskudt skatteaktiv	3.520
Tilgodehavender i alt	3.520
Omsætningsaktiver i alt	3.520
Aktiver i alt	6.459.850

PASSIVER

	31.01.19 DKK
Selskabskapital	110.000
Reserve for nettoopskrivning efter indre værdis metode	574.720
Overført resultat	1.720.840
Egenkapital i alt	2.405.560
Anden gæld	4.000.000
Langfristede gældsforpligtelser i alt	4.000.000
Leverandører af varer og tjenesteydelser	41.250
Anden gæld	13.040
Kortfristede gældsforpligtelser i alt	54.290
Gældsforpligtelser i alt	4.054.290
Passiver i alt	6.459.850

...

Egenkapitalopgørelse

Beløb i DKK	Selskabs- kapital	Overkurs ved indre værdis emission	Reserve for nettoopskriv- ning efter ved indre værdis metode	Overført resultat
Egenkapitalopgørelse for 01.11.18 - 31.01.19				
Indskudskapital i forbindelse med stiftelse	50.000	0	0	0
Kapitalforhøjelse	60.000	1.740.000	0	0
Overførsler til/fra andre reserver	0	-1.740.000	0	1.740.000
Forslag til resultatdisponering	0	0	574.720	-19.160
Saldo pr. 31.01.19	110.000	0	574.720	1.720.840

...

2. Kapitalandele i tilknyttede virksomheder

Beløb i DKK	Kapitalandele i tilknyttede virk- somheder
Tilgang ved fusion og køb af virksomhed	5.081.610
Tilgang i året	800.000
Kostpris pr. 31.01.19	5.881.610
Afskrivninger på goodwill	-350.873
Årets resultat fra kapitalandele	925.593
Af- og nedskrivninger pr. 31.01.19	574.720
Regnskabsmæssig værdi pr. 31.01.19	6.456.330
I regnskabsposten indgår goodwill pr. 31.01.19 med	3.859.606
Goodwill ved første indregning af kapitalandele målt til indre værdi	4.210.479

2. Kapitalandele i tilknyttede virksomheder - fortsat -

Navn og hjemsted:	Ejerandel	Egenkapital DKK	Årets resultat DKK
Dattervirksomheder:			
Rengoering.com A/S, Rudersdal	100%	2.596.724	-645.837
...			

KN Rengøring gjorde ved mail af 22. november 2019 yderligere indsigelse mod tildelingsbeslutningen og anførte blandt andet:

”Rengoering.com A/S har i henhold til Udbudslovens § 151 fremlagt en støtteerklæring fra Hadis Private Equity ApS, jf. Udbudslovens § 144, stk. 2. Støtteerklæringen kan dog ikke samtidig tjene som erklæring om solidarisk hæftelse over for Rudersdal Kommune for tilbudsgivers opfyldelse af den udbudte kontrakt, jf. Udbudslovens § 144, stk. 6.

Det fremgår at støtteerklæringen, at Hadis Private Equity ApS erklærer, at ”Hadis Private Equity ApS er juridisk forpligtet samt hæfter solidarisk *over for* Rengoering.com A/S i forbindelse med dennes forpligtelser som ansøger, byder og leverandør under den udbudte kontrakt hos Rudersdal Kommune. ”

Hadis Private Equity ApS påtager sig med støtteerklæringen ikke nogen solidarisk hæftelse *over for* Rudersdal Kommune for Rengoering.com A/S’ opfyldelse af den udbudte kontrakt, jf. Udbudslovens § 146, stk. 6.

Den solidariske hæftelse meddeles alene over for Rengoering.com A/S med den virkning, at kun Rengoering.com A/S kan rette krav over for Hadis Private Equity ApS. Støtteerklæringen hjemler således ikke, at Rudersdal Kommune kan rette krav direkte mod Hadis Private Equity ApS, hvorfor denne virksomheds egenkapital ikke kan indgå i bedømmelsen af Rengoring.com A/S’ egenkapital.

...

Hadis Private Equity ApS ejer 100 % af Rengoering.com A/S, og ejer herudover 37,50 % af virksomheden Gofer ApS (CVR-nr. 38 49 36 39) med en balancesum på kun DKK 188.977 og en negativ egenkapital på - 635.250 i det senest afsluttede regnskab for perioden 1. januar – 31. december 2018. Alle 3 virksomheder har samme forretningsadresse på Blokken 75, 3460 Birkerød.

Det følger af det anførte, at egenkapitalen i Hadis Private Equity ApS i hovedsagen modsvarer til egenkapitalen i det 100 % ejede datterselskab Rengoering.com A/S.

Egenkapitalen i Hadis Private Equity ApS kan ikke – som anført af Rudersdal Kommune – tillægges egenkapitalen for Rengoering.com A/S ved vurderingen af, om Rengoering.com A/S råder over en samlet egenkapital på DKK 5.000.000, fordi egenkapitalen i Rengoering.com A/S på DKK 2.596.724 allerede er indeholdt i egenkapitalen i Hadis Private Equity ApS, der udgør DKK 2.405.560. Selskabernes samlede egenkapital udgør altså alene DKK 2.405.560 uagtet, at Rengoering.com A/S's egenkapital i sig selv udgør DKK 2.596.724.”

Rudersdal Kommune meddelte samme dag, at kommunen fastholdt beslutningen om tildeling af kontrakten til Rengoering.com.

Efter anmodning fra Rudersdal Kommune fremsendte Hadis Private Equity en ny støtteerklæring dateret den 28. november 2019. I erklæringen står der:

”Støtteerklæring i forbindelse med udbud

Det erklæres hermed, at virksomheden Hadis Private Equity ApS (CVR 39987333) er juridisk forpligtet overfor Rengoering.com A/S (CVR 37586153) til at stille sin økonomiske formåen til rådighed for Rengoering.com A/S' udførelse af den udbudte kontrakt hos Rudersdal Kommune.

Det erklæres samtidig, at Hadis Private Equity ApS (CVR 39987333) påtager sig solidarisk hæftelse over for Rudersdal Kommune for gennemførelsen af den udbudte kontrakt.

København, den 28.11.2019”.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

KN Rengøring har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Rudersdal Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 og 2 har KN Rengøring gjort gældende, at Rengoering.com var uberettiget til at afgive tilbud på den udbudte rengøringskontrakt, fordi støtteerklæringen fra Hadis Private Equity af 28. november 2019 først forelå efter kommunens budopfordring af de udvalgte og egnede ansøgere, hvorfor Rengoering.com ikke rådede over egenkapitalen i Hadis Private Equity inden tilbudsfristens udløb.

Den dokumentation, der skal fremlægges af den vindende tilbudsgiver, jf. udbudslovens § 151, skal dokumentere de oplysninger, jf. § 152, som tilbudsgiveren har afgivet i sit ESPD i henhold til § 148. Tilbudsgiverens dokumentation i henhold til udbudslovens §§ 151 – 152 skal godtgøre forholdene på tidspunktet for afgivelsen af tilbudsgiverens ESPD, idet tilbudsgiverens ESPD ellers ikke ville kunne tjene som et foreløbigt bevis for de erklærede forhold, jf. udbudslovens § 148, stk. 1, nr. 2, og klagensævnets kendelse af 22. januar 2019, G4S Security Services A/S mod Post Danmark A/S.

Rengoering.com rådede således ikke over Hadis Private Equitys økonomiske og finansielle kvalifikationer på ansøgningstidspunktet. Virksomhedens økonomiske og finansielle kvalifikationer kunne derfor kun vurderes på grundlag af virksomhedens egen dokumentation på ansøgningstidspunktet, og det følger af årsrapporten for 2018 for det senest afsluttede regnskabsår, at Rengoering.coms egenkapital i dette regnskabsår alene udgjorde 2.596.724 DKK.

Støtteerklæringen fra Hadis Private Equity indeholder ikke nogen erklæring om virksomhedens solidariske hæftelse over for Rudersdal Kommune, jf. udbudslovens § 144, stk. 6. Hadis Private Equitys solidariske hæftelse blev alene meddelt over for Rengoering.com, og virksomhedens egenkapital kunne heller ikke på denne baggrund indgå i bedømmelsen af Rengoering.coms økonomiske egnethed.

Hadis Private Equity ejer Rengoering.com 100 % og 37,5 % af virksomheden Gofer ApS, der havde en beskeden balancesum og en negativ egenkapital på -635.250 kr. i det senest afsluttede regnskab. Alle tre virksomheder har samme forretningsadresse.

Det følger af de seneste årsrapporter fra virksomhederne Rengoering.com og Hadis Private Equity, at egenkapitalen i Hadis Private Equity i hovedsagen modsvarer egenkapitalen i det 100 % ejede datterselskab Rengoering.com.

Egenkapitalen i Hadis Private Equity kunne derfor ikke tillægges egenkapitalen for Rengoering.com ved vurderingen af, om Rengoering.com rådede over en samlet egenkapital på mindst 5 mio. kr., fordi egenkapitalen i Rengoering.com på 2.596.724 kr. allerede er indeholdt i egenkapitalen i Hadis Private Equity. Selskabernes samlede egenkapital udgør altså alene 2.405.560 kr., selv om Rengoering.coms egenkapital i sig selv udgør 2.596.724 kr.

Udbudslovens § 144, hvorefter en ansøger eller tilbudsgiver kan basere sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen ved opfyldelse af ordregiverens kvalifikationskrav, forudsætter, at den økonomiske aktør faktisk råder over de kvalifikationer, som denne påberåber sig. Det følger af EU-Domstolens praksis, at ordregiveren ved vurderingen af den økonomiske aktørs råden over tredjemands økonomiske og finansielle formåen eller tredjemands tekniske og faglige formåen skal lægge vægt på realiteten af de påberåbte kvalifikationer, idet kvalifikationernes formelle udvisende ikke i sig selv kan tillægges afgørende betydning, at den økonomiske aktør skal råde effektivt over de påberåbte kvalifikationer, og at ordregiveren er underlagt en undersøgelsespligt i forhold beskaffenheden af den økonomiske aktørs påberåbte råden over tredjemands kvalifikationer. KN Rengøring har henvist til EU-Domstolens praksis i sagerne C-176/98, Holst Italia SpA, C-387/14, Esaprojekt, C-324/14, Partner Apelski, og C-234/14, Ostas celtnieks SIA.

Fra modtagelse af brevet af 22. november 2019 fra KN Rengøring var det åbenbart for kommunen, at Rengoering.com ikke opfyldte mindstekravet om en egenkapital på mindst 5 mio. kr. Kommunen var dermed fra dette tidspunkt forpligtet til at annullere beslutningen om tildeling af den udbudte rengøringskontrakt til Rengoering.com, jf. Højesterets dom af 15. juni 2012 i Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet (U.2012.2952H) og klagenævnets kendelse af 22. januar 2019, G4S Security Services A/S mod Post Danmark A/S. Kommunen har således handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at fastholde sin tildelingsbeslutning.

Særligt vedrørende påstand 1 og 2 har Rudersdal Kommune gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele den udbudte kontrakt til Rengoering.com, da virksomheden opfyldte det fastsatte mindstekrav til økonomisk og finansiell kapacitet.

Det fremgår af udbudsloven § 151, at ordregiveren inden tildelingsbeslutningen skal kræve, at den vindende tilbudsgiver fremlægger dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD'et. Kommunen har beskrevet i udbudsmaterialet, at dokumentation for sådanne oplysninger, herunder støtteerklæringer, først ville blive indhentet i forbindelse med tildelingen af kontrakten. Selv om dokumentet ikke er oplistet under afsnittet "dokumentation" i afsnit 1.7, kan der ikke herfra slutes modsætningsvis, således at en støttet ansøger skulle vedlægge støtteerklæringer allerede sammen med sin ansøgning. Dette ville stride mod selve baggrunden for brugen af ESPD, som et foreløbigt bevis for, at en ansøger opfylder de minimumskrav til egnethed, som ordregiveren har fastsat i overensstemmelse med udbudslovens § 140, jf. § 148, stk. 1, nr. 2, og udgangspunktet om, at ordregiveren først i forbindelse med beslutningen om tildeling af kontrakten indhenter dokumentation for de oplysninger, tilbudsgiveren har afgivet i ESPD'et, jf. § 151, stk. 1.

Rudersdal Kommune var berettiget til at vurdere opfyldelsen af mindstekravet til egenkapital baseret på summen af egenkapitalen i det seneste godkendte årsregnskab for henholdsvis Rengoering.com og Hadis Private Equity. Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 1.7, at ansøgeren kan støtte sig på andre enheder, men ud over kravet om, at der for sådanne enheder skal fremlægges særskilt ESPD, er det ikke heri beskrevet, at en støttende enhed skal fremsende en anden form for dokumentation end den, som ansøgeren selv vil skulle fremsende. De fremlagte revisorerklæringer bekræftede egenkapitalen for både Rengoering.com og Hadis Private Equity, og kommunen havde derfor ikke grund til ikke at anse mindstekravet for opfyldt.

Rudersdal Kommune har bestridt KN Rengørings udlægning af regnskabs-tallene. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at det i et koncernregnskab for så vidt angår egenkapitalen kan forekomme et andet udvisende på egenkapitalen end summen af egenkapitalen i de enkelte enheders individuelle regnskaber. Kommunen havde dog stillet krav om fremlæggelse af godkendte årsregnskaber eller de relevante tal herfra, hvorfor kommunen baseret på ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ikke var berettiget eller forpligtet til at lægge andet end disse årsregnskabstal til grund for vurderingerne af ansøgernes opfyldelse af de stillede økonomiske mindstekrav.

Der er ikke i udbudsmaterialet et forbud mod, at en ansøger eller en tilbudsgiver kan støtte sig på en anden enheds formåen heller ikke inden for samme

koncern, og der er ikke i udbudsmaterialet nogen begrænsning i, at de økonomiske nøgletal, herunder egenkapitalen, for to selskaber inden for samme koncern ikke skulle indgå med den i regnskaberne anførte værdi for hver af disse.

Særligt vedrørende påstand 3 har KN Rengøring gjort gældende, at kommunen har erkendt, at støtteerklæringen af 2. oktober 2019 ikke indeholdt nogen erklæring om solidarisk hæftelse over for Rudersdal Kommune for Rengøring.coms opfyldelse af den udbudte kontrakt.

Støtteerklæringen fra Hadis Private Equity blev ændret væsentligt ved erklæringen af 28. november 2019, da erklæringen blev udvidet til at omfatte virksomhedens solidariske hæftelse over for Rudersdal Kommune. Kommunens anmodning til Hadis Private Equity af 18. november 2019 medførte, at tilbuddet fra Rengoering.com blev ændret materielt ud over rammerne for lovlig supplerings, præcisering og fuldstændiggørelse i udbudslovens § 159, stk. 5, og Rengoering.com fremsatte derfor et nyt tilbud efter tilbudsfristens udløb. De ændrede oplysninger om selskabets solidariske hæftelse over for kommunen forelå ikke før tilbudsfristens udløb og kunne i øvrigt ikke udledes objektivt af tilbuddet fra Rengoering.com, jf. Manova-doktrinen, jf. herved EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova, og klagenævnets kendelse af 31. januar 2014, Avaleo ApS mod Vejle Kommune.

Særligt vedrørende påstand 3 har Rudersdal Kommune gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 5, og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

Den afklaring, der er foretaget, er helt uden for de rammer for teknisk afklaring, der er anført i § 159, stk. 5, idet kommunen ikke anmodede Rengoering.com om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet. Det, kommunen anmodede om, var at få den rette dokumentation for den støtte, som er forudsat i forbindelse med egnethedsvurderingen, og som ikke skulle foreligge på tidspunktet for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

Selv hvis § 159, stk. 5, skulle være anvendelig, er det kommunens vurdering, at der i den første støtteerklæring var tale om en helt åbenbar fejl, som nemt kunne rettes.

Rudersdal Kommune har bestridt, at bekræftelsen af støtten eller den senere støtteerklæring skulle udgøre en ændring af Rengoering.coms tilbud eller et nyt tilbud. Den solidariske hæftelse over for kommunen var allerede forudsat i vurderingen af tilbuddet, og Rudersdal Kommune var forpligtet til at anmode om dokumentation for oplysninger i ESPD inden tildeling, men også berettiget til at anmode om supplerende dokumentation for denne egnethed, hvis den først fremsendte dokumentation ikke kunne anses som tilstrækkelig.

Den tekniske afklaring af ordlyden i erklæringen blev foretaget efter tildelingen af kontrakten. Dette burde formelt set have været foretaget inden tildelingen, men det er kommunens opfattelse, at denne formelle fejl ikke har haft en materiel betydning for tildelingsbeslutningen, ligesom det forhold, at den dokumentation, som ret beset skulle have foreligget på tildelingstidspunktet, manglede, ikke kan medføre, at KN Rengøring skal have medhold i sin påstand. Forholdet er således udbedret, og intentionen bag den fremsendte erklæring var åbenbar.

Særligt vedrørende påstand 4 har KN Rengøring gjort gældende, at det følger af det, der er anført ad påstand 1-3, at klagenævnet skal annullere Rudersdal Kommunes tildelingsbeslutning af 13. november 2019.

Særligt vedrørende påstand 4 har Rudersdal Kommune overordnet gjort gældende, at det følger af det, der er anført ad påstand 1-3, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Det forhold, at der ikke forelå en korrekt udformet støtteerklæring på tildelingstidspunktet, kan ikke ændre på gyldigheden af tildelingsbeslutningen, idet denne blev berigtiget umiddelbart efter tildelingen og derfor er uden betydning for det materielle resultat.

Ad uopsættelighed

KN Rengøring har gjort gældende, at det er uopsætteligt for virksomheden, at klagen tillægges opsættende virkning, idet kommunen ellers vil indgå kontrakten uden klagenævnets mulighed for effektivt at håndhæve udbudsreglerne over for Rudersdal Kommune.

KN Rengøring vil endvidere ikke efterfølgende have mulighed for at blive fyldestgjort for sit tab af markedsandele i konkurrencen med Rengøring.com, selvom virksomheden måtte kunne tilkendes erstatning.

Kravet til uopsættelighed må endvidere slækkes som følge af væsentligheden af den konstaterede fumus boni juris, jf. blandt andet klagenævnets kendelser om opsættende virkning af henholdsvis 28. marts 2012, Merrild Coffee Systems A/S mod Region Sjælland, og 26. juni 2017, Eltel Networks A/S mod Region Syddanmark.

Rudersdal Kommune har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt. KN Rengøring har således ikke fremlagt dokumentation for, at virksomheden vil lide en alvorlig og uoprettelig skade, eller at virksomhedens markedsposition i øvrigt vil lide uoprettelig skade, hvis ikke klagen tillægges opsættende virkning.

Ad interesseafvejning

KN Rengøring har gjort gældende, at hensynet til kommunens mulighed for at indgå den udbudte rengøringskontrakt må vige for hensynet til udbudsreglernes effektive overholdelse og hensynet til KN Rengørings varettagelse af sine økonomiske interesser.

Rudersdal Kommune har gjort gældende, at en interesseafvejning taler for, at klagen ikke skal tillægges opsættende virkning. Kommunen har et tungtvejende behov for at kunne indgå den udbudte kontrakt med henblik på at kunne dække sit behov for rengøring i de institutioner, som er omfattet af udbuddet, inden den nuværende kontrakt udløber ved udgangen af marts 2020.

KN Rengøring har som eksisterende leverandør en økonomisk interesse i, at den nuværende kontrakt forlænges mest muligt, og hvis klagen tillægges opsættende virkning, vil kommunen være nødsaget til at forlænge kontrakten for at sikre rengøring i institutionerne.

Hensynet til KN Rengøring kan desuden varetages gennem erstatning.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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”*) bemærker klagenævnet følgende:

Ad påstand 1-3

I udbudsbekendtgørelsen var fastsat som mindstekrav, at leverandørens seneste godkendte årsregnskab skulle udvise en egenkapital på mindst 5 mio. kr. Rengoering.com havde vedlagt et ESPD for både selskabet selv og for Hadis Private Equity til ansøgningen. Den samlede egenkapital, som fremgik

af ESPD'erne for de to virksomheder, var over det krævede niveau på 5 mio. kr.

Ad støtteerklæringen

I udbudsbetingelsernes afsnit 1.7 står, at ansøgere, som baserer sig på andre enheders kapacitet, som en del af dokumentationen skal fremlægge en støtteerklæring eller tilsvarende dokumentation, som godtgør, at den pågældende enhed er juridisk forpligtet over for ansøgeren, svarende til bestemmelsen i udbudslovens § 144, stk. 2. I forlængelse heraf står, at hvis en ansøger baserer sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen, skal den støttende enhed påtage sig solidarisk at hæfte for ansøgerens forpligtelser under den udbudte kontrakt, jf. også udbudslovens § 144, stk. 6.

Som en del af dokumentationen er blandt andet fremsendt en støtteerklæring fra Hadis Private Equity dateret den 2. oktober 2019. Erklæringen indeholdt oplysning om, at støtteenheden var juridisk forpligtet og hæftede solidarisk over for Rengøring.com i forbindelse med dennes forpligtelser som ansøger, byder og leverandør under den udbudte kontrakt hos Rudersdal Kommune. Den 13. november 2019 traf kommunen beslutning om at tildele kontrakten til Rengøring.com. Den 18. november 2019 bekræftede Hadis Private Equity på anmodning fra kommunen, at virksomheden sammen med Rengøring.com hæfter solidarisk for opgavens udførelse over for Rudersdal Kommune. Kommunen modtog den 28. november 2019 en ny støtteerklæring fra Hadis Private Equity med tilføjelse om solidarisk hæftelse over for Rudersdal Kommune.

KN Rengøring har påstået, at denne udskiftning af erklæringen er i strid med udbudslovens § 159, stk. 5, og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, idet udskiftningen fandt sted efter udløbet af tilbudsfristen.

Klagenævnet lægger til grund, at en støtteerklæring efter § 144, stk. 2, udgør dokumentation omfattet af § 151, stk. 1. Der er imidlertid ikke i udbudsloven eller i kommunens udbudsmateriale krav om, at en støtteerklæring som den krævede skal foreligge inden tilbudsfristens udløb. Efter udbudslovens § 151, stk. 1, skal ordregiveren således inden *tildeling* af kontrakten kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten, fremlægger dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD-dokumentet.

Rudersdal Kommune var derfor berettiget til at anmode Hadis Private Equity om at bekræfte, at virksomheden hæftede solidarisk med Rengoering.com over for kommunen. Da dette imidlertid skete efter tildelingsbeslutningen, har kommunen ikke formelt overholdt udbudslovens § 151, stk. 1. Klagenævnet finder imidlertid efter indholdet af støtteerklæringen af 2. oktober 2019 fra Hadis Private Equity, at kommunen inden for rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5, kunne anmode Hadis Private Equity om at præcisere sin støtte til Rengoering.com. Rudersdal Kommune har derfor ikke handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 5, eller ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved at rette henvendelse til Hadis Private Equity og lade Rengoering.com udskifte den fremlagte støtteerklæring med en ny erklæring efter tilbudsfristens udløb.

Ad beregningen af egenkapitalen

I udbudsbetingelserne var det fastsat, at ansøgerne på kommunens anmodning skulle indlevere dokumentation for, at det økonomiske mindstekrav var opfyldt. Dokumentationen skulle være i form af årsregnskab for de seneste tre afsluttede regnskabsår med revisorpåtegning på det seneste, herunder ansøgerens senest godkendte årsregnskab.

Som dokumentation for det anførte i ESPD'erne for Rengoering.com og Hadis Private Equity er blandt andet fremsendt årsregnskaber og revisorerklæringer for begge selskaber. Af dokumenterne fremgår, at Rengoering.coms egenkapital i det seneste regnskabsår var 2.596.724 kr., og at egenkapitalen for Hadis Private Equity i det seneste regnskabsår var 2.405.560 kr. KN Rengøring har bestridt, at egenkapitalen levede op til det fastsatte mindstekrav, idet KN Rengøring har gjort gældende, at egenkapitalen for Rengoering.com allerede var indregnet i Hadis Private Equitys egenkapital.

Udbudsmaterialet indeholder ikke et forbud mod, at en ansøger eller en tilbudsgiver kan støtte sin opfyldelse af mindstekravet om en egenkapital på 5 mio. kr. på en anden enheds egenkapital inden for samme koncern, men det må under hensyn til principperne om ligebehandling og gennemsigtighed være et krav, at egenkapitalen i det tilbydende selskab ikke også indgår i egenkapitalen i det andet, støttende selskab.

Årsregnskabet for Hadis Private Equity omfatter alene perioden 1. november 2018 – 31. januar 2019. Langt den væsentligste del af aktiverne består af

kapitalandele i tilknyttede virksomheder (Rengoering.com), svarende til et beløb på 6.456.330 kr. ud af en samlet aktivmasse på 6.459.850 kr. På denne baggrund og efter regnskabet for Hadis Private Equity i øvrigt finder klagenævnet det godtgjort, at Rengoering.coms egenkapital er indregnet i Hadis Private Equitys egenkapital.

Rengoering.com har efter de foreløbigt foreliggende oplysninger herefter ikke opfyldte mindstekravet til en tilbudsgivers egenkapital, og Rudersdal Kommune har ved at tildele kontrakten til Rengoering.com handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1.

Der er efter det anførte udsigt til, at påstanden om annulation vil blive taget til følge, og betingelse nr. 1 om ”fumus boni juris” er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet følgende:

Efter karakteren af kommunens overtrædelse er der ikke grundlag for undtagelsesvis at lempe betingelsen om uopsættelighed, jf. princippet i EU-Domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R) – Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits. I overensstemmelse med blandt andet klagenævnets faste praksis påhviler det herefter KN Rengøring at godtgøre, at en manglende imødekomelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at virksomheden vil lide en uoprettelig skade, hvis klagenævnet i nævnets endelige afgørelse af sagen måtte tage klagen til følge.

På det foreløbige grundlag finder klagenævnet, at KN Rengøring ikke har sandsynliggjort, at KN Rengøring vil lide en alvorlig uoprettelig skade, hvis klagenævnet ikke tager anmodningen om opsættende virkning til følge. Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at der ikke er oplysninger, der sandsynliggør, at virksomhedens eventuelle tab som følge af den påståede overtrædelse ikke vil kunne godtgøres ved en økonomisk erstatning. Det, der i øvrigt er anført, kan ikke føre til en anden vurdering.

Betingelse nr. 2 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.

Erik P. Bentzen

Genpartens retlighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig