

K E N D E L S E

Elite Miljø A/S
(advokat Povl Nick Bronstein, København)

mod

Odense Kommune
(cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 76-124824 af 14. april 2011 udbød Odense Kommune (indklagede) som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 3-årig rammeaftale med flere aktører om rengøringsydelser med mulighed for 3 forlængelser på hver et år.

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud havde en række virksomheder, heriblandt Elite Miljø A/S (klageren), Forenede Service A/S, SMP-Rengøring, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +, Dan Ren A/S, Absolut og Kongsvang Rengøring A/S indgivet tilbud.

Den 14. juni 2011 besluttede indklagede at indgå aftale med følgende virksomheder om de enkelte delaftaler/distrikter:

Delaftale 1

Distrikt 5000: Forenede Service A/S, SMP-Rengøring, Bidstrup Jensen A/S

Distrikt 5200: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +

Distrikt 5210: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Dan Ren A/S

Distrikt 5220: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +

Distrikt 5230: Forenede Service A/S, SMP-Rengøring, Bidstrup Jensen A/S

Distrikt 5240: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +

Distrikt 5250: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Dan Ren A/S

Distrikt 5260: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +

Distrikt 5270: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +

Delaftale 2

Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Dan Ren A/S, Absolut, Kongsvang Rengøring A/S.

Den 24. juni 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 20. juli 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet fandt betingelsen om »fumus boni juris« opfyldt for så vidt angik påstand 2, men fandt ikke betingelsen om uopsættelighed opfyldt.

Kontrakter blev indgået den 25. juli 2011 og trådte i kraft den 1. august 2011.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38, stk. 2, jf. stk. 5 og 6, ved at fastsætte en tilbudsfrist på under 40 dage i forbindelse med gennemførelsen af offentligt udbud om rengøring, jf. udbudsbekendtgørelse 2011/S 76-124824.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at opdele den udbudte ydelse i 10 delaftaler, uanset at det af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne fremgår, at udbuddet alene er opdelt i 2 delaftaler.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i relation til delaftale 1 ikke at fastsætte objektive og ikke-diskriminerende vilkår for benyttelse af tildelingsmodellen »direkte tildeling« eller »fornyset konkurrence« i henhold til udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, under den udbudte rammeaftale.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i relation til underkriteriet økonomi, jf. udbudsbetingelsernes punkt 2.17, at lægge vægt på de af tilbudsgiverne tilbudte priser for »delbud 1 og delbud 2«, uanset

- (i) at udbuddet var opdelt i 10 delaftaler, og
- (ii) at det var muligt at afgive tilbud på én eller flere delaftaler.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke i relation til delaftale 1 at stille oplysninger om eventuelle virksomhedsoverdragene medarbejdere til rådighed for alle tilbudsgivere.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i berigtigelse 2011/S 98-159549 til udbudsbekendtgørelse 2011/S 76-124824 at ændre mindstekravene til tilbudsgivernes finansielle kapacitet, uanset at den foretagne ændring ville have indflydelse på kredsen af egnede tilbudsgivere.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 14. juni 2011 om tildeling af de udbudte rammeaftaler til:

Delaftale 1

Distrikt 5000: Forenede Service A/S, SMP-Rengøring, Bidstrup Jensen A/S
 Distrikt 5200: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +

Distrikt 5210: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Dan Ren A/S
 Distrikt 5220: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +
 Distrikt 5230: Forenede Service A/S, SMP-Rengøring, Bidstrup Jensen A/S
 Distrikt 5240: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +
 Distrikt 5250: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Dan Ren A/S
 Distrikt 5260: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +
 Distrikt 5270: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +

Delaftale 2

Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Dan Ren A/S, Absolut, Kongsvang Rengøring A/S

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen:

»...

II.1.4) Oplysninger om rammeaftalen

Rammeaftale med flere aktører

maksimum antal deltagere i den planlagte rammeaftale 32

Rammeaftalens varighed: År: 3

Anslået værdi af indkøbene i løbet af hele rammeaftalens varighed

anslået værdi ekskl. moms

mellem 75 000 000,00 og 90 000 000,00 DKK

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

Delaftale 1: Daglig rengøring.

Daglig rengøring af Odense Kommunes afdelinger og institutioner som i dag har ekstern leverandør til at udføre rengøringsopgaver. Der er i bilag 1 oplistet mange enheder som er med i denne tildeling, men der flere enheder der efterfølgende ønsker at køre miniudbud blandt de leverandører med rammekontrakt. Det bemærkes, at opgaven p.t. løses af private leverandører, og at det derfor må forventes at Lov om virksomhedsoverdragelse finder anvendelse, jf. udbudsmaterialets pkt. 4.1.4.

Delaftale 2: Daglig rengøring med virksomhedsoverdragelse.
 Daglig rengøring med virksomhedsoverdragelse af Odense Kommunes afdelinger og institutioner, som i dag har eget rengøringspersonale som skal virksomhedsoverdrages i henhold til Lovbekendtgørelse nr. 710 af 28.8.2002, jf. 4.1.4. Der er i bilag 1 oplistet 1 skole som er med i denne tildeling. Odense Kommune har decentral styring så der vil ikke være krav fra centralt hold at disse skal udbydes, men udelukkende være tale om en decentral beslutning. Der kan derfor i aftaleperioden være flere enheder der ønsker at lade rengøringsydelsen udbyde. Alle evt. efterfølgende kontrakter vil ske i henhold til genåbningen af konkurrencen som vil udbydes i miniudbud og fremsendes til de leverandører med rammekontrakt for delaftale 2.

II.1.8) Opdeling i delaftaler

Ja

skal der afgives på en eller flere delaftaler

...

OPLYSNINGER VEDRØRENDE DELAFTALER

Parti nr. 1

Betegnelse rengøringsydelser daglig rengøring

1) Kort beskrivelse

Daglig rengøring af Odense Kommunes afdelinger og institutioner, som i dag har ekstern leverandør til at udføre rengøringsopgaver. Det bemærkes, at opgaven pt. løses af private leverandører, og at det derfor må forventes af Lov om virksomhedsoverdragelse finder anvendelse, jf. pkt. 4.1.4.

...

3) Mængde eller omfang

Der i bilag 1 oplistet mange enheder som er med i denne tildeling, men der flere enheder der efterfølgende ønsker at kører mini-udbud blandt de leverandører med rammekontrakt.

Ekskl. moms

Register mellem 12 000 000,00 og 16 000 000,00 DKK

...

Parti nr. 2

Betegnelse rengøringsydelser daglig rengøring med virksomhedsoverdragelse

1) Kort beskrivelse

Daglig rengøring med virksomhedsoverdragelse af Odense Kommunes afdelinger og institutioner som i dag har eget rengøringspersonale som skal virksomhedsoverdrages

...

3) Mængde eller omfang

Der er i bilag 1 oplistet 1 skole som er med i denne tildeling. Odense Kommune har decentral styring så der vil ikke være krav fra centralt

hold at disse skal udbydes men udelukkende være tale om en decentral beslutning. Der kan derfor i aftaleperioden være flere enheder der ønsker at lade rengøringsydelsen udbyde. Alle evt. efterfølgende kontrakter vil ske i henhold til genåbningen af konkurrencen som vil udbydes i mini-udbud og fremsendes til de leverandører med rammekontrakt for delaftale 2.

Ekskl. moms

Register mellem 12 000 000,00 og 16 000 000,00 DKK

...

III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: Tilbudsgivers totale omsætning, omsætning inden for de delområder der bydes på, den totale balance samt nøgletal for de seneste tre afsluttede regnskabsår skal angives. kan indhentes på Odense Kommunes hjemmeside: <http://www.odense.dk> under Erhverv – Aktuelle udbud. Erklæringen skal underskrives af en person, der kan tegne virksomheden. Der kan dispenseres herfor afhængig af, hvornår virksomheden blev etableret og alt efter om der er udarbejdet regnskaber for 3 regnskabsår. Kan materiale ikke angives på grund af førnævnte, skal der i stedet fremsendes en bank- eller revisorerklæring, som bekræfter soliditet, f.eks. ved en udtalelse om virksomhedens økonomiske formåen indtil nu, omsætning indtil videre, forventet regnskab i forhold til budgettet, osv.

...

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves Nøgletal skal være positive

...«

Fristen for afgivelse af tilbud var i udbudsbekendtgørelsen angivet at være den 23. maj 2011, det vil sige en frist på 39 dage.

I udbudsbetingelserne anføres blandt andet:

»1.2 Udbyders fremtidige rammeaftaler

Rammeaftaler forudsættes indgået med flere virksomheder i form af nedenstående aftaletyper:

Obligatorisk rammeaftale: Samhandelsaftale med udbyder med 3 eller flere leverandører på det pågældende ydelsesområde. Udbyders afdelinger og institutioner der benytter ekstern leverandør er forpligtet til at anvende den økonomisk mest fordelagtige leverandør i henhold til nedenstående eller ved efterfølgende mini udbud en af de leverandører

der får tildelt rammekontrakt i det givne postdistrikt. De i udbuddet opdelte distrikter er angivet i bilag 1.

Der vil i dette udbud være 2 delaftaler og der kan bydes på delaftale 1, 2 eller begge.

Delaftale 1: Daglig rengøring:

Tilbudsgiver kan byde i de opstillede distrikter, jf. bilag 1 i tilbudslisten. Der kan vælges mellem at byde på et eller flere distrikter. Det er dog yderst vigtigt at være opmærksom på, at der skal bydes på ALLE enheder i et distrikt for at kunne deltage i at få rammekontrakter for dette distrikt.

De 3 leverandører med de økonomiske mest fordelagtige bud for hele distriktet/postnummeret, får tildelt rammekontrakt som leverandører for dette distrikt og fordelingen af opgaver i distriktet sker herefter pr. enhed til den leverandør af de 3 med rammekontrakt, der har tilbudt denne det bud med lavest pris i henhold til tilbudslisten bilag 1.

Efterfølgende miniudbud vil blive fremsendt til de 3 med rammekontrakt, jf. nedenstående.

Delaftale 2: Daglig rengøring med virksomhedsoverdragelse

Tilbudsgiver skal byde på Tarup skole i henhold til bilag for »tarupskole«...og bilag 1 i tilbudslisten.

De 5 leverandører med de økonomiske mest fordelagtige bud får tildelt rammekontrakt som leverandører af den daglige rengøring med virksomhedsoverdragelse. Tarup Skole bliver tildelt den leverandør der har afgivet det økonomiske mest fordelagtige bud af de 5.

Efterfølgende mini-udbud vil blive fremsendt til de 5 leverandører med rammekontrakt, jf. nedenstående genåbningen af konkurrencen.

Obligatorisk rammeaftale med mulighed for mini-udbud

Genåbning af konkurrencen (miniudbud)

Indenfor Daglig Rengøring og Daglig Rengøring med virksomhedsoverdragelse, vil der være mulighed for brug af miniudbud med og uden auktion.

Ved Auktion kan der forekomme tilbudsgiver en fee for oplæring i systemet til ekstern leverandør, der vil max. være tale om et fee på kr. 1000,-

Genåbning af konkurrencen vil forekomme hvor det er nødvendigt at præcisere eller tilføje vilkår, for at den konkrete ordre kan placeres.

Genåbning af konkurrencen vil ske ved køb af rengøringskontrakter der udgør kontinuerligt rengøring, her vil udbyder være forpligtet til at genåbne konkurrencen for de leverandører med rammekontrakter.

Genåbning af konkurrencen vil følge den simple procedure, som er beskrevet i udbudsdirektivets art. 32, stk. 4. Udbyder vil således rette skriftlig henvendelse til parterne i rammeaftalen hvor tilbuddet skal afleveres senest 4 uger efter modtagelse af mini-udbuddet. Tilbuddene skal indsendes skriftligt og den konkrete ordre tildeles efter de i afsnit 2.17 fastsatte tildelingskriterier.

Valg af leverandør (kontrakthaver) er ikke afsluttet, før rammekontrakter er underskrevet af begge parter.

...

1.3 Opgavens omfang

Delaftale 1: Daglig rengøring¹: 14.000.000 kr./årligt

Daglig rengøring af Odense Kommunes afdelinger og institutioner, som i dag har ekstern leverandør til at udføre rengøringsopgaver. Der i bilag 1 oplistet mange enheder som er med i denne tildeling, men der er flere enheder der efterfølgende ønsker at køre mini-udbud blandt de leverandører med rammekontrakt. Det bemærkes, at opgaven pt. løses af private leverandører, og at det derfor må forventes at Lov om virksomhedsoverdragelse finder anvendelse, jf. pkt. 4.1.4.

¹ Daglig rengøring opdeles i distrikter opdelt pr. postnummer

Delaftale 2: Daglig rengøring med virksomhedsoverdragelse²: 14.000.000 kr./årligt

Daglig rengøring med virksomhedsoverdragelse af Odense Kommunes afdelinger og institutioner, som i dag har eget rengøringspersonale og derved skal virksomhedsoverdrages... Der er i bilag 1 oplistet 1 skole som er med i denne tildeling. Odense Kommune har decentral styring så der vil ikke være krav fra centralt hold at disse skal udbydes men udelukkende være tale om en decentral beslutning. Der kan derfor i aftaleperioden være flere enheder der ønsker at lade rengøringsydelsen udbyde. Alle evt. efterfølgende kontrakter vil ske i henhold til genåbningen af konkurrencen som vil udbydes i mini-udbud og fremsendes til de leverandører med rammekontrakt for delaftale 2.

²Daglig rengøring med virksomhedsoverdragelse kan ikke værdisættes i henhold til tidligere forbrug, da der er tale om institutioner/afdelinger

der i dag har rengøring med eget personale, der er derfor alene tale om estimat ud fra forventninger.

...

2.10 Delområder

Der kan afgives tilbud på et eller begge udbudte delområder, jf. udbudsmaterialets afsnit 1.1. Der kan i delaftale 1 desuden afgives tilbud på et, flere eller alle udbudte distrikter, jf. tilbudslisten bilag 1.

...

2.17 Tildelingskriterier

Rammeaftale vil blive tildelt de tilbudsgiver, der afgiver de for Udbyder det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet følgende delkriterier, med angivelse af vægtning, lægges til grund for tilbudsvurderingen:

Kriterier	Vægtning i procent
Økonomi , herunder vil der blive foretaget en vurdering af: - Pris (inkl. ekstra ydelse bilag 1) i henhold til tilbudsskema pr. distrikt delbud 1 og pris for Tarup Skole delbud 2 - Timepris for Ekstra rengøring /hovedrengøring - Ekstra ydelser, jf. bilag 1	35-45 fordelt med 70 % 20 % 10 %
Kvalitet...	25-35 ...
Service...	15-25 ...
Miljøegenskaber...	05-10 ...

Ved bedømmelsen af prisen vil der blive lagt vægt på de af tilbudsgiver oplyste priser jf. det nedenstående.

...

2.17.1 Økonomi

Til brug for bedømmelsen af underkriteriet »Økonomi« anvendes tilbudsgivers samlet bud i henhold til standarder bilag 9 og 10 for delbud 1 – alle enheder pr. distrikt (postnummer), delbud 2 Tarup skole i henhold til standard bilag 9, pris for hovedrengøring, ekstra timepris samt samlet pris for ekstra ydelser, dette udregnes jf. bilag 1,

...«

Udbudsbetingelserne indeholder et udkast til rammekontrakt. I § 3 beskrives rammekontraktens omfang som:

»Delaftale 1: Daglig rengøring i distrikt XX:

Daglig rengøring af Odense Kommunes afdelinger og institutioner, som i dag har ekstern leverandør til at udføre rengøringsopgaver. Der er i bilag 1 oplistet mange enheder som er med i denne tildeling, men der er flere enheder der efterfølgende ønsker at kører mini-udbud blandt de leverandører med rammekontrakt. Det bemærkes, at opgaven pt. løses af private leverandører, og at det derfor må forventes af Lov om virksomhedsoverdragelse finder anvendelse.

Delaftale 2: Daglig rengøring med virksomhedsoverdragelse

Daglig rengøring med virksomhedsoverdragelse af Odense Kommunes afdelinger og institutioner som i dag har eget rengøringspersonale og derved skal virksomhedsoverdrages... Der er i bilag 1 oplistet 1 skole som er med i denne tildeling. Odense Kommune har decentral styring så der vil ikke være krav fra centralt hold at disse skal udbydes men udelukkende være tale om en decentral beslutning. Der kan derfor i aftaleperioden være flere enheder der ønsker at lade rengøringsydelsen udbydes. Alle evt. efterfølgende kontrakter vil ske i henhold til genåbningen af konkurrencen som vil udbydes i mini-udbud og fremsendes til de leverandører med rammekontrakt for delaftale 2.

[Alt efter kontrakt type, bliver dette tilrettet ved kontraktunderskrift]«

I § 5 angives om tildeling af konkrete ordrer blandt andet:

»Levering af Delaftale 1: Daglig rengøring i distrikt XX:

Tilbudsgiver kan byde i de opstillede distrikter jf. bilag 1 i tilbudslisten. Der kan vælges mellem at byde på et eller distrikter. Det er dog yderst vigtigt at være opmærksom på, at der skal bydes på ALLE enheder i et distrikt for at kunne deltage i at få rammekontrakter for dette distrikt.

De 3 leverandører med de økonomiske mest fordelagtige bud for hele distriktet/postnummeret, får tildelt rammekontrakt som leverandører for dette distrikt og fordelingen af opgaver i distriktet sker herefter pr. enhed til den leverandør af de 3 med rammekontrakt, der har tilbudt denne det bud med lavest pris i henhold til tilbudslisten bilag 1. Efterfølgende miniudbud vil blive fremsendt til de 3 med rammekontrakt, jf. nedenstående.

Genåbningen af konkurrencen i henhold til nye opgaver, ud over de i tilbudslisten beskrevne, udbydes efterfølgende i mini-udbud, jf. nedenstående genåbningen af konkurrencen.

Delaftale 2: Rameaftale på daglig rengøring med virksomhedsoverdragelse

De 5 leverandører med de økonomisk mest fordelagtige tilbud får tildelt rammekontrakt som leverandører af daglig rengøring med virksomhedsoverdragelse. Efterfølgende mini-udbud vil blive fremsendt til de 5 leverandører med ramme kontrakt, jf. nedenstående.

Genåbningen af konkurrencen i henhold til nye opgaver, udover de i tilbudslisten beskrevne, udbydes efterfølgende i mini-udbud, jf. nedenstående genåbningen af konkurrencen.

Obligatorisk rammeaftale med mulighed for mini-udbud

Genåbning af konkurrencen (miniudbud)

Indenfor Daglig rengøring og Daglig Rengøring med virksomhedsoverdragelse, vil der være mulighed for brug af mini-udbud. Der kan blive afholdt E-a[u]ktion på visse mini-udbud.

Deltagelse i E-a[u]ktion vil koste et oplæringsfee til ekstern virksomhed, som driver E-a[u]ktion for Odens Kommune Denne fee vil ikke overstige kr. 1000,-

Genåbning af konkurrencen vil forekomme hvor det er nødvendigt at præcisere eller tilføje vilkår, for at den konkrete ordre kan placeres.

Genåbning af konkurrencen vil ske ved køb af rengøringskontrakter der udgør kontinuerligt rengøring, her vil udbyder være forpligtet til at genåbne konkurrencen for de leverandører med rammekontrakter.

Genåbning af konkurrencen vil følge den simple procedure, som er beskrevet i udbudsdirektivets art. 32, stk. 4. Udbyder vil således rette skriftlig henvendelse til parterne i rammeaftalen hvor tilbuddet skal afleveres senest 4 uger efter modtagelse af mini-udbuddet. Tilbuddene skal indsendes skriftligt og den konkrete ordre tildeles efter de i afsnit 2.17 fastsatte tildelingskriterier.

Valg af leverandør (kontrakthaver) er ikke afsluttet, før rammekontrakt er underskrevet af begge parter.«

I den tilbudsliste, som er bilag 1 til udbudsbetingelserne, er delaftale 1 opdelt i 9 distrikter/postnumre. Inden for hvert distrikt er der yderligere oplyst en række enheder (børnehaver, skoler m.v.). Der skal ifølge tilbudslisten angives pris for hver enhed.

Indklagede har under udbudsprocessen besvaret nedenstående spørgsmål som følger:

»Virksomhedsoverdragelse/delaftale 1 – Privat rengøring. Hvis tilbudsgiver skal byde på opgaven er det vigtigt at kende lønmodtageroplysninger fra den nuværende leverandør ellers vil der være tale om manglende ligebehandling da den nuværende leverandør har mere viden end de tilbudsgiver der ønsker at byde. Det kan da ikke være rigtigt?

Svar: Det er nu undersøgt om der vil være tale om virksomhedsoverdragelse i henhold til delaftale 1, hvilket som udgangspunkt ikke vil være

gældende, da der ikke er tale om overdragelsen af en virksomhed (økonomisk enhed) i lovens forstand.

(Spørgsmål/svar er offentliggjort på indklagedes hjemmeside den 10. maj 2011. Det samme anføres i et rettelsesblad offentliggjort på indklagedes hjemmeside den 12. maj 2011.)

...

hvordan kan det være at I har kommet skoler ind i delaftale 1 på nogle af distrikterne? det er udelukket jo de små virksomheder for at byde på distriktet. hvorfor er de ikke delaftale 2.

Svar: Distrikterne er ikke delt op efter hvem der kan eller vil byde, men hvad der ligger af rengøringsydelser der skal udføres af rengøringsvirksomheder. Vi har i Odense Kommune faktisk valgt at dele rengøringsydelsen op i 9 distrikter for at små virksomheder også kunne byde.

(Spørgsmål og svar uploadet på indklagede hjemmeside den 18. maj 2011.)«

I spørgsmål/svarfasen blev der endvidere den 9. maj 2011 stillet følgende spørgsmål, som blev besvaret på indklagedes hjemmeside den 12. maj 2011 som følger:

»Vi er klar til at byde ind på udbuddet men vil lige have afklaret: Regnskabet – skal det være med overskud alle 3 år? Eller er det ok man kan se det er på vej op efter en økonomisk dårlig periode på 2 år? Vi havde overskud i 2010 men afvikler det sidste negative i år. Det er derfor negativt i egenkapitalen da vi er ApS, har det nogen indvirkning?

Svar: I henhold til EU-udbudsbekendtgørelsen er mindstekravet, at nøgletal skal være positive, det skal forstås at der vil være tale om de seneste nøgletal skal være positive (2010).«

Indklagede har ved bekendtgørelse om berigtigelse offentliggjort på TED-webstedet den 21. maj 2011 som 2011/S 98-159549 rettet den oprindeligt angivne tilbudsfrist til at være den 30. maj 2011. Mindstekravet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.2 er endvidere rettet til i stedet at lyde:

»Mindstekrav til det niveau der muligvis kræves Nøgletal for 2010 skal være positive.«

Indklagede har endvidere den 12. maj 2011 offentliggjort et rettelsesblad om fristforlængelsen og det ændrede mindstekrav på sin hjemmeside.

Der er ved rettelsesblad af 9. maj 2011 givet tilbudsgiverne oplysning om de rengøringsmedarbejdere på Tarup Skole, der for så vidt angik delaftale 2 skulle virksomhedsoverdrages.

Indklagede meddelte den 14. juni 2011 klageren, at klagens tilbud var afvist som ukonditionsmæssigt. Indklagede oplyste endvidere, at indklagede havde besluttet at indgå aftale med Kongsvang Rengøring A/S, Forenede Service A/S, Absolut Rengøring A/S, SMP Rengøring A/S, Dan Ren A/S, Alliance + ApS og Bidstrup Jensen A/S.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at ifølge betragtning 50 i udbudsdirektivets præambel, jf. Rådets forordning 1182/71 om fastlæggelse af regler for tidsfrister, datoer og tidspunkter (»fristforordningen«) artikel 3, stk. 1, 2. led, må den dag, hvor handlingen foretages, ikke medregnes ved beregningen af frister efter udbudsdirektivet. Dette indebærer, at minimumsfristen for afgivelse af tilbud, jf. udbudsdirektivets artikel 38, stk. 2, jf. stk. 5 og 6, først skal afregnes fra dagen efter afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen den 15. april 2011. Tilbudsfristen udløb ifølge bekendtgørelsen den 23. maj 2011, hvor der alene var forløbet 39 dage, hvilket er i strid med udbudsdirektivets artikel 38, stk. 2, jf. stk. 5 og 6.

Indklagede har gjort gældende, at såvel udbudsdirektivets artikel 38 som principperne og ligebehandling og gennemsigtighed er overholdt, idet tidsfristen på oprindeligt 39 dage er forlænget til 46 dage ved rettelsesbladet offentliggjort på indklagedes hjemmeside den 12. maj 2011 og berigtigelsen på TED-webstedet den 21. maj 2011. Subsidiært gøres det gældende, at det forhold, at tilbudsfristen oprindeligt var 1 dag for kort og derfor efterfølgende blev berigtiget, hverken har haft betydning for aktuelle eller potentielle tilbudsgiveres mulighed for at afgive tilbud, og i hvert fald ikke er en fejl, som kan begrunde annullation af tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det af udbudsbekendtgørelsen alene fremgik, at der var tale om 2 delaftaler. Indklagedes udarbejdelse af udbudsbetingelser, der ikke er i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen, idet udbuddet de facto opdeles i 10 delaftaler, hvoraf de 9 henhører under det, som blev betegnet »delaftale 1« i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, strider derfor mod ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2. Subsidiært var også selve udbudsbetingelsernes skiftende omtale af delaftale 1 som én aftale og samtidige angivelse af, at der inden for delaftalen kunne bydes på et eller flere distrikter i strid med samme bestemmelse.

Indklagede har gjort gældende, at udbudsbekendtgørelsen ikke skal forstås som antaget af klagenævnet i kendelsen om opsættende virkning. Den kunne således lige så godt forstås sådan, at der ville blive indgået 2 »typer« af delrammeaftaler med i alt op til 32 leverandører, hvor den første vedrører daglig rengøring i de enheder, som har ekstern leverandør, og den anden vedrører 1 skole med eget rengøringspersonale og øvrige enheder med eget rengøringsaftale, som inden for rammeaftalens løbetid måtte vælge at gå over til at benytte ekstern leverandører. En række oplysninger i udbudsbekendtgørelsen, blandt andet det i punkt II.1.4 angivne om, at udbuddet omfatter mange enheder, indikerede ydermere, at kontrakten ville blive opdelt i flere små rammeaftaler. En anden forståelse end den, indklagede gør gældende, vil indebære, at der stilles urimeligt høje krav til præcision i en udbudsbekendtgørelse, som må anses for alene at være en »appetitvækker«. En mindre uklarhed, som der højst er tale om her, bør under alle omstændigheder ikke kunne føre til annulation. Annulation bør således være forbeholdt forkerte eller direkte misvisende oplysninger i udbudsbekendtgørelsen. Det er højst usandsynligt, at virksomheder, som kunne være interesseret i at udføre rengøring for indklagede, ville undlade at undersøge de udbudte kontraktens omfang og indhold nærmere. Udbudsbetingelserne, som klart og tydeligt angiver, at der ville blive indgået særskilte rammeaftaler for hver af de 9 delaftaler under delaftale 1, kunne ses på indklagedes hjemmeside fra det tidspunkt, hvor udbudsbekendtgørelsen blev offentliggjort. Indklagede fik da også tilbud fra 6 små og 4 mellemstore rengøringsvirksomheder på delaftale 1. Den

eventuelle fejl har dermed ikke haft nogen reel betydning for mindre virksomheders mulighed for at afgive tilbud.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at en ordregivende myndigheds valg mellem brug af miniudbud og direkte tildeling under en rammeaftale skal være fastlagt på forhånd i udbudsbetingelserne og rammekontrakten og skal være baseret på objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Valget mellem de to former må således ikke være frit. Formuleringerne i udbudsbetingelsernes punkt 1.2 om genåbning af konkurrencen og rammekontraktens § 3 giver indklagede og indklagedes brugere (de underliggende enheder) frit valg mellem de to udbudsformer, og der er ikke fastlagt objektive og ikke-diskriminerende kriterier for valget mellem tildelingsmodellerne.

Indklagede har gjort gældende, at en udbudt rammeaftale lovligt kan give mulighed for både direkte tildeling og genåbning af konkurrencen - »mini-udbud« - forudsat udbudsbetingelserne, herunder den udbudte rammeaftale, fastlægger hvilken fremgangsmåde, der skal anvendes ved kontraktindgåelsen. Denne forudsætning er opfyldt, idet det fremgår, at der skal anvendes miniudbud, hvor det er nødvendigt at præcisere eller tilføje vilkår, og hvor der er tale om kontinuerlige rengøringsopgaver i modsætning til små ad hoc opgaver. Indklagedes institutioner har dermed ikke frit valg mellem direkte tildeling og miniudbud, men er forpligtet til at træffe valget på grundlag af objektive og ikke diskriminerende kriterier.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at opdelingen af et udbud i delaftaler indebærer, at hver enkelt delaftale skal betragtes som et selvstændigt udbud, og dermed bedømmes uafhængigt af øvrige delaftaler, medmindre det klart i udbudsbetingelserne er angivet, at, og i givet fald hvorledes, ordregiver vil tillægge eventuelle synergier, besparelser m.v. ved tilbudsgiverens tilbud på flere delaftaler vægt. Indklagede har handlet i strid med dette princip, idet indklagede ifølge udbudsbetingelsernes punkt 2.17 ved bedømmelsen af underkriteriet økonomi ville lægge vægt på den af tilbudsgiverne oplyste pris for både delaftale 1 og delaftale 2. Der var ikke grundlag for denne sammenblanding, som medførte en sammenligning af ulige forhold.

Uligheden forstærkes af det forhold, at delaftale 1 reelt var opdelt i 9 delaftaler.

Indklagede har gjort gældende, at det af udbudsbetingelsernes afsnit 2.17 sammenholdt med tilbudslisten fremgår, at evalueringen af de indkomne tilbud på grundlag af underkriteriet økonomi skal foretages selvstændigt for delaftale 1 og delaftale 2, og at tilbudsevalueringen for delaftale 1 yderligere skal foretages selvstændigt for hvert af de 9 distrikter, der er omfattet af denne delaftale. Indklagede har foretaget en selvstændig evaluering af de tilbudte priser for hvert af de 9 distrikter under delaftale 1 (det vil sige en evaluering af tilbudsgivernes samlede pris for alle enheder inden for et distrikt), og de tilbudte priser for Tarup Skole, som er den eneste enhed, der er omfattet af delaftale 2. Indklagede har således ikke lagt vægt på en samlet pris for delaftale 1 og delaftale 2. Klagerens opfattelse af, at det har været tilfældet, beror på en misforståelse.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke i relation til delaftale 1 at stille oplysninger om eventuelle virksomhedsoverdragne medarbejdere til rådighed for alle tilbudsgivere. De nævnte oplysninger var nødvendige for at kunne kalkulere priser. Den manglende tilrådighedsstillelse gav derfor den/de eksisterende leverandør/er en uberettiget konkurrencefordel.

Indklagede har gjort gældende, at lov om lønmodtageres retsstilling ikke finder anvendelse ved overtagelse af rengøringsopgaven for de enheder, der er opregnet i tilbudslisten til delaftale 1, og at alle tilbudsgivere fik dette meddelt ved offentliggørelse af tillæg til referat af spørgemødet den 10. maj 2011 samt rettelsesblad til udbudsbetingelserne af 12. maj 2011. Hvis andre enheder opregnet i tilbudslisten til delaftale 1 efterfølgende vælger at gøre brug af rammeaftalen, vil sådanne kontrakter skulle tildeles ved miniudbud. I den forbindelse vil alle tilbudsgiverne få samme oplysninger om eventuelle virksomhedsoverdragne medarbejdere. Indklagede har derfor ikke forsømt at stille oplysninger om virksomhedsoverdragne medarbejdere til rådighed for tilbudsgiverne.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at den oprindelige angivelse i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.2 må forstås sådan, at der stilles krav om positive nøgletal i 3 regnskabsår. Den efterfølgende ændring, så der kun blev stillet krav om positive nøgletal i 2010, indebar, at kredsen af potentielle tilbudsgivere blev udvidet betydeligt. Rettelsen blev først offentliggjort den 21. maj 2011, det vil sige kort før udløbet af tilbudsfristen. Dermed havde de yderligere virksomheder, som nu havde mulighed for at komme i betragtning, så kort tid til udarbejdelse af tilbud, at deres mulighed herfor var stærkt reduceret. Ændringen var dermed i strid med principperne ligebehandling- og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke ved formuleringen i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.2 (den oprindelige formulering) er stillet et krav om positive nøgletal i 3 regnskabsår. Den uklarhed, som formuleringen indebar, og som gav anledning til spørgsmålet af 9. maj 2011, førte imidlertid indklagede til i det svar, der blev offentliggjort den 12. maj 2011, at præcisere, at der alene stilledes krav om positive nøgletal i 2010. Ydermere offentliggjorde indklagede også en rettelse på TED-webstedet den 21. maj 2011, det vil sige 18 dage inden udløbet af tilbudsfristen. Rettelsen afklarede den usikkerhed, som ellers bestod, men indebar ikke nogen reel ændring. En sådan ændring har under alle omstændigheder ikke påvirket aktuelle eller potentielle tilbudsgiveres mulighed for at afgive tilbud.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at der som følge af grovheden af de begåede overtrædelser skal ske annulation som påstået.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke foreligger overtrædelser, subsidiært at eventuelle overtrædelser ikke er af en karakter, som kan begrunde annulation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Den oprindeligt fastsatte frist på 39 dage var 1 dag for kort. Indklagede har ved bekendtgørelsen om berigtigelse offentliggjort på TED-webstedet den 21. maj 2011 forlænget den oprindeligt angivne tilbudsfrist. Indklagede har endvidere den 12. maj 2011 offentliggjort et rettelsesblad om fristforlængelsen på indklagedes hjemmeside. Den forlængede frist opfylder kravet i udbudsdirektivets artikel 38, stk. 2, jf. stk. 5 og 6.

Påstanden tages derfor ikke til følge

Ad påstand 2

Af klagenævnets afgørelse om opsættende virkning fremgår om denne påstand:

»Med hensyn til påstand 2 finder klagenævnet, at udbudsbekendtgørelsen må forstås sådan, at der vil blive indgået 2 delrammeaftaler med i alt op til 32 leverandører, hvor den første rammeaftale vedrører daglig rengøring i alle de enheder, som i dag har ekstern leverandør, og den anden vedrører 1 skole med eget rengøringspersonale samt alle øvrige enheder med eget rengøringspersonale, som inden for rammeaftalens løbetid måtte vælge gå over til at benytte ekstern leverandør. Af udbudsbetingelserne fremgår derimod for så vidt angår den første delaftale, at der i realiteten er tale om 9 delaftaler én for hvert distrikt/postnummer i kommunen med 3 leverandører på hver delaftale. En umiddelbar bedømmelse af klagen fører dermed til, at klageren skal have medhold i påstand 2 ...«

Af de i kendelsen anførte grunde og da det, som indklagede yderligere har anført, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstanden til følge, for så vidt angår angivelsen i udbudsbekendtgørelsen.

Ad påstand 3

Som antaget i klagenævnets kendelse af 5. december 2011 Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland skal den ordregivende myndigheds tildeling af kontrakter baseret på en rammeaftale med flere leverandører efter ordlyden af udbudsdirektivets artikel 32,

stk. 4, 2. afsnit, ske »enten« på grundlag af fastsatte vilkår i rammeaftalen »eller« efter fornyet konkurrence. Som antaget i kendelsen, må det herved, jf. tillige kravet om gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, antages forudsat, at rammeaftaler med flere leverandører enten skal være udformet således, at alle vilkår er fastlagt i rammeaftalen, eller sådan, at de ikke alle er fastlagt på forhånd, idet der i sidstnævnte tilfælde forudsættes iværksat en ny konkurrence mellem de valgte leverandører – et »miniudbud«. Det må endvidere kræves, at det ved udbuddet af rammeaftalen klart fremgår af udbudsbetingelserne og rammeaftalen, hvilke vilkår og betingelser der er fastsat i selve rammeaftalen, og hvilke der er holdt åbne og kan blive fastsat i et miniudbud. I alle de tilfælde, hvor vilkårene er fastsat på forhånd, følger det herefter, at der ikke kan holdes miniudbud. Hvis en ordregiver, som kan trække på rammeaftalen, ønsker leverancer på vilkår, der ikke er omfattet af rammeaftalen – fordi de ikke er fastsat på forhånd eller fordi det ikke i rammeaftalen er foreskrevet, at konkurrencen kan genåbnes om disse vilkår – kan den konkrete anskaffelse ikke foretages under rammeaftalen. Den pågældende ordregiver må således i stedet afholde et nyt udbud. Det samme gælder, hvis ordregiveren ønsker at købe ydelser, som ikke er omfattet af rammeaftalen. Selvom det principielt ikke kan anses for udelukket, at der i samme rammeaftale er mulighed for at anvende både direkte tildeling og miniudbud, må dette forudsætte, at det klart og entydigt er foreskrevet, med hensyn til hvilke ydelser og under hvilke omstændigheder henholdsvis den ene og den anden procedure skal anvendes, og herunder også hvilke vilkår, der kan gøres til genstand for miniudbud. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis rammeaftalen er opdelt klart mellem standardydelser, som leveres på fastsatte vilkår til en i selve rammeaftalen angiven standardpris, mens miniudbud anvendes til mindre standardiserede ydelser. Klagenævnet finder i lighed med Kommissionen og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at rammeaftaler, som ikke klart og entydigt afgrænser, hvilke ydelser der kan tildeles direkte, henholdsvis skal gøres til genstand for miniudbud – og således med andre ord indebærer, at der er frit valg mellem direkte tildeling og miniudbud – er i strid med artikel 32, stk. 4, 2. afsnit.

Det er ikke i nærværende udbudsbetingelser og det heri indeholdte udkast til rammekontrakt angivet, hvilke vilkår der kan gøres til genstand for en genåbning af konkurrencen. Allerede af denne grund strider rammekontrakten mod udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i direktivets artikel 2. I udbudsbetingelsernes punkt 1.2 samt udkastet til rammekontrakt § 5 er det endvidere angivet, at

genåbning af konkurrencen vil forekomme, hvor »det er nødvendigt at præcisere eller tilføje vilkår, for at den konkrete ordre kan placeres«, uden at det på nogen måde angivet, hvad det er for tilfælde og specifikke vilkår, der sigtes til. Afgrænsningen mellem anvendelsen af direkte tildeling og miniudbud opfylder dermed ikke de krav til klarhed, der må stilles i de tilfælde, hvor der i samme rammeaftale er mulighed for at anvende både direkte tildeling og miniudbud. Også af denne grund strider rammekontrakten mod artikel 32, stk. 4, og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i artikel 2. Det ændrer ikke herpå, at der for så vidt angår kontinuerlig rengøring er angivet, at der er pligt til at genåbne konkurrencen.

Ad påstand 4-6

Klagenævnet behandler i overensstemmelse med nævnets faste praksis, hvorefter behandlingen af en klage kan behandles helt eller delvist, ikke påstandene 4-6.

Ad påstand 7

Efter karakteren af de ad påstand 2 og 3 fastslåede overtrædelser tages påstanden om annullation til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at opdele den udbudte ydelse i 10 delaftaler, uanset at det af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at udbuddet alene er opdelt i 2 delaftaler.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i relation til delaftale 1 ikke at fastsætte objektive og ikke-diskriminerende vilkår for benyttelse af tildelingsmodellen »direkte tildeling« eller »fornyset konkurrence« i henhold til udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, under den udbudte rammeaftale.

Indklagedes beslutning af 14. juni 2011 om tildeling af de udbudte rammeaftaler til:

Delaftale 1

Distrikt 5000: Forenede Service A/S, SMP-Rengøring, Bidstrup Jensen A/S

Distrikt 5200: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +

Distrikt 5210: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Dan Ren A/S

Distrikt 5220: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +

Distrikt 5230: Forenede Service A/S, SMP-Rengøring, Bidstrup Jensen A/S

Distrikt 5240: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +

Distrikt 5250: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Dan Ren A/S

Distrikt 5260: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +

Distrikt 5270: Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Alliance +

Delaftale 2

Forenede Service A/S, Bidstrup Jensen A/S, Dan Ren A/S, Absolut, Kongsvang Rengøring

annulleres.

Indklagede, Odense Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Elite Miljø A/S, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1. Påstand 4 – 6 behandles ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig