

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er således klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Elite Miljø A/S
(advokat Jesper Petersen Bach, Aarhus)

mod

Rebild Kommune
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Klagenævnet har den 13. november 2017 modtaget en klage fra Elite Miljø A/S.

Elite Miljø A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Rebild Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig foreløbigt klageskrift med bilag 1 - 5 og svarskrift med bilag A - D.

Klagens indhold:

Elite Miljø A/S har nedlagt følgende påstande

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Rebild Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have fastsat og anvendt åbenbart uklare kriterier for vurderingen af tilbuddenes konditionsmæssighed efter underkriteriet ”Tilbudspris”, idet det ikke fremgik klart af tilbudslisten, at der skulle afgives tilbudspriser på børnehaven Svinget.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Rebild Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have fastsat og anvendt åbenbart uklare kriterier for vurderingen af tilbuddene efter underkriterieret ”Kvalitet”, idet antal af brugte timer for udførelsen af en rengøringsopgave ikke kan anvendes til at identificere tilbuddet med den bedste kvalitet.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Rebild Kommunes beslutning om tildeling af kontrakten til konsortiet KN Rengøring og KN Rengøring I/S.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Rebild Kommunes udbudsforretning.

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

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2017/S 126-256944 af 30. juni 2017 udbød Rebild Kommune som et begrænset udbud en tjenesteydelseskontrakt om rengøring af skoler, daginstitutioner og kommunale bygninger mv. i Rebild Kommune.

Den 9. oktober 2017 afgav Elite Miljø A/S tilbud på den udbudte opgave.

Den 3. november 2017 oplyste Rebild Kommune, at kommunen ikke havde taget Elite Miljø A/S’ tilbud i betragtning, da tilbuddet ikke var konditionsmæssigt. Begrundelsen herfor var, at Elite Miljø A/S ikke havde afgivet tilbud på børnehaven Svinget, hvorfor ikke alle poster på tilbudslisten ved-

rørende timer var udfyldt som påkrævet. Samtidig oplyste kommunen, at den havde til hensigt at tildele den udbudte rengøringsopgave til konsortiet KN Rengøring og KN Rengøring I/S.

I udbudsbekendtgørelsen står der blandt andet:

”II.1.4) Kort beskrivelse

Ovennævnte udbud af rengøring gennemføres af Servicemægleren A/S på vegne af Rebild Kommune.

Opgaven omfatter rengøring af skoler, daginstitutioner samt kommunale bygninger mv. i Rebild Kommune – beliggende på adresser, der er nærmere specificeret i udbudsmaterialets bilag E – Oversigt over enheder.

...

I udbudsbetingelserne står der blandt andet:

”1.1 VELKOMST

...

Tilbudsgiverne opfordres derfor til at sætte sig nøje ind i udbudsmaterialets bestemmelser og frister og i øvrigt stille spørgsmål, hvis der er forhold, der giver anledning til tvivl.

...

3.1 UDBUDSMATERIALETS INDHOLD

Udbudsmaterialet består ud over nærværende udbudsbetingelser med tilhørende bilag af følgende dokumenter:

Bilag A	Udkast til kontrakt
Bilag B	Kravspecifikation
Bilag B1	Beskrivelse af tandklinikker
Bilag C	Tegninger og lokalefortegnelse
Bilag D	Tilbudslister
Bilag E	Oversigt over enheder

Det samlede udbudsmateriale er tilgængeligt via Mercell Sourcing Service som PDF-dokument, mens Bilag D er tilgængeligt som Excel-dokument.

...

3.4 RETTELSESBLAD

I tilfælde af at Ordregiver finder det nødvendigt at foretage ændringer i udbudsmaterialet, vil meddelelse herom blive givet skriftligt via Merscell Sourcing Service til samtlige tilbudsgivere og herefter vil rettelsene være tilgængelige i systemet i form af rettelsesblade. Rettelsesblade nummereres fortløbende og indgår i udbudsmaterialet.

...

5.3 TILBUDDETS UDFORMNING

Tilbuddet skal indeholde samtlige, af de i udbudsmaterialet angivne, ydelser inkl. alle nødvendige biydelser.

Tilbuddet skal vedhæftes alle relevante oplysninger, som er nødvendige for en fuldstændig bedømmelse af tilbuddet og i den forbindelse fastlæggelse af ydelsens omfang.

Tilbuddet skal indeholde følgende:

...

5.3.3 PRIS

Pris skal afgives i overensstemmelse med det i punkt 7.1 anførte vedrørende tilbudspris.

...

7.1 TILDELINGSKRITERIER

Kontrakten vil blive tildelt det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra en vurdering af følgende kriterier:

- Tilbudspris (Vægtning 45 %)
- Kvalitet (Vægtning 40 %)
- Organisering (Vægtning 15 %)

Ordregiver vil ved vurderingen af kriterier med underkriterier lægge vægt på følgende:

7.1.1 TILBUDSPRIS

Ved vurderingen af ”Tilbudspris” vil Ordregiver lægge vægt på det tilbudte årlige vederlag for den udbudte rengøringsopgave samt de tilbud-

te optionspriser med hovedvægt på det tilbudte, årlige vederlag. Tilbuddet skal afgives ved at udfylde den som Bilag D vedlagte tilbudsliste (Exel-dokumentet). Alle poster på tilbudslisten skal udfyldes. Alle poster på tilbudslisten vedrørende timer skal udfyldes med positive tal.

7.1.2 KVALITET

Ved vurderingen af "Kvalitet" vil Ordregiver foretage en samlet helhedsvurdering af det tilbudte timetal samt tilbudsgivers udførelse af opgaven metodemæssigt og kvalitetsmæssigt med hovedvægt på det tilbudte, årlige timetal til udførelse af rengøringen. Til brug for vurderingen af dette anvendes de af tilbudsgiver i tilbudslisten anførte timetal og den anførte brug af gulvvaskemaskiner samt tilbudsgivers metode- og kvalitetsbeskrivelse. Metode- og kvalitetsbeskrivelsen skal vedlægges tilbuddet som en separat fil (Word- eller PDF-format). Den må maksimalt fylde 5 A4-sider og skal beskrive:

- Forhold vedrørende brug af gulvvaskemaskiner. Brug af gulvvaskemaskiner må ikke medføre en forringelse i forhold til den i udbudsmaterialet beskrevne og krævede rengøringsstandard. I separat bilag til metode- og kvalitetsbeskrivelsen skal der udarbejdes en tabel ..., der angiver følgende: 1) På hvilken enhed maskinen anvendes, 2) i hvilke områder, denne anvendes, 3) hvor mange timer, der anvendes maskiner ugentligt, 4) hvor mange m² maskinen bruges på ugentligt samt 5) antallet af maskiner og maskintype/model.

...

Undervejs i udbuddet blev børnehaven Svinget tilføjet, og der blev i medfør af udbudsbetingelsernes punkt 3.4 sendt rettelsesblade ud herom. Blandt andet blev der udsendt et rettelsesblad nr. 9 [nu rettelsesblad nr. 14] til Bilag D (tilbudslisten) og et rettelsesblad nr. 10 til Bilag E, hvor børnehaven Svinget var blevet tilføjet. Ændringerne blev desuden noteret i Rebild Kommunes Tender Report, som efter det oplyste blev gjort tilgængelig for samtlige tilbudsgivere sammen med det øvrige udbudsmateriale på Mercell Sourcing Service. Af den omtalte rapport fremgår, at der den 29. september 2017 er lavet en versionsændring, som indeholder en tilføjelse af enheden børnehaven Svinget. Det er herefter anført:

"Følgende dokumenter er tilrettet derefter:

- Rettelsesblad nr. 7 - Bilag B
- Rettelsesblad nr. 10 - Bilag E
- Rettelsesblad nr. 11 - Bilag C1

Rettelsesblad nr. 9 - Bilag D
Bilag C - 6370 Bhv. Svinget

Parternes anbringende:

Ad ”fumus boni juris”

Elite Miljø A/S har under henvisning til det, som er anført nedenfor vedrørende påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Rebild Kommune har under henvisning til det, som er anført nedenfor vedrørende påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Ad påstand 1

Elite Miljø A/S har anført, at baggrunden for, at selskabet undlod at afgive tilbud på børnehaven Svinget, var, at denne post på tilbudslisten som den eneste post var inaktiv. Endvidere fremstod tilbudslisten layoutmæssigt markant anderledes end samtlige øvrige poster på tilbudslisten, idet den var farvet i grålige toner, mens alle øvrige dele af tilbudslisten fremstod i hvide og blå nuancer. Herudover var excel-dokumentet med tilbudslisten indrettet således, at tilbudslisten vedrørende børnehaven Svinget forsvandt, når dokumentet blev konverteret til pdf. Elite Miljø A/S læste på denne baggrund tilbudslisten således, at der ikke skulle afgives tilbud på børnehaven Svinget.

Elite Miljø A/S har gjort gældende, at ordregiver bærer risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet. Da tilbudslisten post for børnehaven Svinget ikke udgjorde en aktiveret del af tilbudslisten og i øvrigt layoutmæssigt fremstod markant anderledes end samtlige øvrige poster på tilbudslisten, var det særdeles uklart for tilbudsgiverne, at der skulle gives tilbud på børnehaven Svinget. At tilbudslisten udformning har været ugennemskuelig og ugenemsigtig bekræftes af det forhold, at tre ud af syv tilbudsgivere blev erklæret ikke konditionsmæssige som følge af manglende afgivelse af tilbud på denne specifikke post.

Ved at have vurderet tilbuddets konditionsmæssighed ud fra hvorvidt Elite Miljø A/S havde udfyldt den ikke-aktiverede og layoutmæssigt afvigende post i tilbudslisten, har Rebild Kommune anvendt åbenbart uklare kriterier for vurderingen af konditionsmæssigheden.

Rebild Kommune bærer bevisbyrden for, at manglende udfyldelse af tilbudslistens ikke-aktiverede post ikke har været et uklart kriterium for vurderingen af tilbuddets konditionsmæssighed.

Rebild Kommune har anført, at kommunen er enig med Elite Miljø A/S i, at posten vedrørende børnehaven Svinget på tilbudslisten i excel-dokumentet fremstod i en grålig farvenuance, men kommunen bestrider, at posten var inaktiv eller i øvrigt fremtrådte med et helt anderledes layout.

Af kommunens tilbudsliste i excel-dokumentet ses det tydeligt, at den eneste grund til, at tilbudsposten for børnehaven Svinget fremstår i en grålig farvenuance er, at posten er anbragt uden for udskriftfeltet i excel-dokumentet. Dette er således også årsagen til, at denne post forsvinder, når Elite Miljø A/S udskriver dokumentet uden først at sørge for at anbringe posten inden for udskriftfeltet.

Det fremgår klart af tilbudslisten, at der skulle afgives tilbudspriser på børnehaven Svinget. Det forhold, at posten er anbragt uden for udskriftfeltet, udgør således – særligt i lyset af, at børnehaven Svinget blev tilføjet til udbuddet den 29. september 2017 – ikke et berettiget grundlag for, at Elite Miljø A/S blot har kunnet vælge at se bort fra denne tilbudspost ved afgivelsen af sit tilbud.

Hvis Elite Miljø A/S var i tvivl om, hvorvidt tilbudsposten skulle udfyldes, kunne selskabet blot have fulgt kommunens opfordring til at stille spørgsmål til udbudsmaterialet, jf. udbudsbetingelsernes punkt 1.1. Dette har Elite Miljø A/S imidlertid ikke gjort.

Det forhold, at samtlige tilbudsgivere undervejs i udbuddet har modtaget en udtrykkelig orientering om tilføjelsen af børnehaven Svinget til udbuddet med rettelsesblade vedrørende denne tilføjelse, dokumenterer således, at Elite Miljø A/S ikke har kunnet være i tvivl om, at denne tilbudspost skulle udfyldes.

Hertil kommer, at det i henhold til udbudsbetingelsernes punkt 7.1.1 er anført som et krav, at samtlige poster i tilbudslisten er udfyldt, og at posterne er udfyldt med positive tal.

Rebild Kommune har således været såvel berettiget som forpligtet til at afvise tilbuddet fra Elite Miljø A/S som ukonditionsmæssigt med henvisning til selskabets manglende udfyldelse af tilbudsposten vedrørende børnehaven Svinget.

Ad påstand 2

Elite Miljø A/S har gjort gældende, at antallet af timer, der bruges på at udføre en rengøringsopgave, ikke kan anvendes som parameter for bedømmelsen af kvaliteten af den udførte opgave.

Antallet af timer, der bruges på den udførte rengøringsopgave, kan formentlig i nogle tilfælde anvendes til at bedømme service eller effektivitet, men er særdeles uegnet til at identificere tilbuddet med den bedste kvalitet.

Rebild Kommune nøjedes ikke med at indsætte timeantal som et vægtet delkriterium under underkriteriet ”Kvalitet”, men anførte ligefrem, at man ville lægge hovedvægten af kvalitetsvurderingen på det tilbudte årlige timeantal. Det må derfor lægges til grund, at kommunen har fastsat og anvendt åbenbart uklare kriterier for vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet ”Kvalitet”.

Rebild Kommune bærer bevisbyrden for, at kommunen ikke har anvendt uklare kriterier for vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet ”Kvalitet”.

Rebild Kommune har bestridt, at antallet af timer, der bruges på at udføre en rengøringsopgave, ikke kan anvendes som parameter for bedømmelsen af kvaliteten af den udførte opgave.

Kommunen har nærmere gjort gældende, at den har foretaget en samlet helhedsvurdering af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Kvalitet”. Det er i udbudsbetingelsernes punkt 7.1.2 beskrevet, at underkriteriet ”Kvalitet” omfatter en samlet helhedsvurdering af 1) det tilbudte timetal samt 2) tilbudsgivers udførelse af opgaven metodemæssigt og kvalitetsmæssigt med hovedvægt på det tilbudte årlige timetal til udførelse af rengøring. Der er

således ikke tale om, at vurderingen alene er truffet på grundlag af det tilbudte årlige timetal, idet tilbudsgiverens metodemæssige og kvalitetsmæssige udførelse af opgaven ligeledes er tillagt vægt i denne vurdering.

Baggrunden for, at underkriteriet ”Kvalitet” omfatter en samlet helhedsvurdering af det udbudte timetal samt tilbudsgivers udførelse af opgaven metodemæssigt og kvalitetsmæssigt, er således, at ”lavere” timetal kan være begrundet i en særlig effektiv metode.

Det gøres på den baggrund gældende, at det tilbudte årlige timetal til udførelse af rengøringsopgaven lovligt kan anvendes som et parameter for bedømmelsen af kvaliteten af den udførte opgave.

Ad påstand 3 og 4

Elite Miljø A/S har på nuværende tidspunkt ikke fremsat anbringender vedrørende disse påstande.

Rebild Kommune har under henvisning til det, der er anført under påstand 1 og 2, gjort gældende, at såvel kommunens udbudsmateriale som selve gennemførelsen af udbuddet i det hele er i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven, hvorfor påstand 3 og 4 ikke skal tages til følge.

Ad uopsættelighed

Elite Miljø A/S har gjort gældende, at der er tale om en meget betydningsfuld reference for selskabet, som vil kunne anvendes i andre sager, hvor selskabet afgiver tilbud. Tabet af denne reference vil således kunne påvirke konkurrencen i en sådan grad, at Elite Miljø A/S mister markedsandele og dermed også risikerer at miste sin position på markedet.

Rebild Kommune har indledningsvist anført, at der ikke foreligger en sådan særlig alvorlig fumus, at der er grundlag for at slække på kravet til uopsættelighed.

Kommunen har endvidere gjort gældende, at Elite Miljø A/S ikke på nogen måde har dokumenteret, at selskabet vil kunne lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Der er ingen forhold, der taler for, at en manglende tildeling af kontrakten skulle true Elite

Miljø A/S' eksistens eller i øvrigt ændre selskabets markedsposition på uoprettelig vis.

Ad interesseafvejning

Elite Miljø A/S har gjort gældende, at der ikke foreligger sådanne tungtvejende grunde eller samfundsmæssige hensyn, at Rebild Kommunes interesse i, at udbudsprocessen ikke standses, vejer tungere end Elite Miljø A/S' interesse i det modsatte, blandt andet fordi der er tale om en meget stor kontrakt.

Rebild Kommune har gjort gældende, at Elite Miljø A/S' almene interesse i at få tildelt kontrakten ikke kan opveje kommunens interesse i udbudsforretningens afslutning og kontraktens indgåelse.

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:

Med hensyn til betingelse nr. 1 (*"fumus boni juris"*) bemærker klagenævnet vedrørende påstand 1, at det af udbudsbetingelsernes punkt 7.1.1 fremgik, at alle poster på tilbudslisten skulle udfyldes. Børnehaven Svinget blev i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes punkt 3.4 ved et rettelsesblad tilføjet blandt andet tilbudslisten, og det har herefter fremgået klart af udbudsmaterialet, at posterne vedrørende denne børnehave skulle udfyldes.

Det forhold, at posten vedrørende børnehaven Svinget på excel-dokumentet med tilbudslisten fremstod layoutmæssigt anderledes end de øvrige poster på tilbudslisten, kan ikke føre til, at tilbudsgiverne, herunder Elite Miljø A/S, berettiget har kunnet få den opfattelse, at tilbudsposten vedrørende børnehaven Svinget ikke skulle udfyldes. Det bemærkes i øvrigt, at det ikke er godtgjort, at den pågældende post på tilbudslisten var inaktiv, og i det omfang, Elite Miljø A/S måtte have oplevet tekniske vanskeligheder ved at udfylde posten på tilbudslisten, ville det have været nærliggende at søge spørgsmålet afklaret ved at rette henvendelse til Rebild Kommune.

Der er herefter på det foreliggende, foreløbige grundlag ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Vedrørende påstand 2 bemærker klagenævnet, at det af udbudsbetingelserne punkt 7.1.2 fremgik, at ordregiver ved vurderingen af "Kvalitet" ville foretage en samlet helhedsvurdering af det tilbudte timetal samt tilbudsgivers udførelse af opgaven metodemæssigt og kvalitetsmæssigt med hovedvægt på det tilbudte årlige timetal til udførelse af rengøringen.

Der er ikke grundlag for at fastslå, at en sådan helhedsvurdering, herunder med hovedvægt på det tilbudte årlige timetal, ikke er lovlig og saglig i forhold til vurderingen af tilbuddenes kvalitet.

Der er herefter på det foreliggende, foreløbige grundlag ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Der er som følge af det anførte vedrørende påstand 1 og 2 heller ikke udsigt til, at påstand 3 og 4 vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig